

# El sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero

Un límite a la responsabilidad internacional de las corporaciones transnacionales

Yadira Castillo Meneses



EL SESGO DE DEBILIDAD A FAVOR  
DEL INVERSIONISTA EXTRANJERO



EL SESGO DE DEBILIDAD A FAVOR  
DEL INVERSIONISTA EXTRANJERO

UN LÍMITE A LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE  
LAS CORPORACIONES TRANSNACIONALES

*Yadira Castillo Meneses*

Castillo Meneses, Yadira

El sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero. Un límite a la responsabilidad internacional de las corporaciones transnacionales / Yadira Castillo Meneses. – Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2015.

246 páginas; 17 x 24 cm.

ISBN 978-958-774-121-6

1. Derecho internacional 2. Inversiones extranjeras I. Universidad de los Andes (Colombia). Facultad de Derecho. II. Tít.

CDD 341.752 SBUA

Primera edición: junio de 2015

© Yadira Castillo Meneses

© Universidad de los Andes, Facultad de Derecho

Ediciones Uniandes

Calle 19 núm. 3 – 10, oficina 1401

Bogotá, D. C., Colombia

Teléfono: 3394949, ext. 2133

<http://ediciones.uniandes.edu.co>

[infeduni@uniandes.edu.co](mailto:infeduni@uniandes.edu.co)

ISBN: 978-958-774-121-6

ISBN e-book: 978-958-774-122-3

Diagramación interior y de carátula: Andrea Rincón

Impresión:

Nomos impresores

Diagonal 18 Bis núm. 41-17

Teléfono: 2086500

Bogotá, D. C., Colombia

Impreso en Colombia – *Printed in Colombia*

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

## CONTENIDO

|   |      |
|---|------|
| PRÓLOGO   | XI   |
| AGRADECIMIENTOS   | XIII |
| INTRODUCCIÓN  | 1    |
| El argumento del libro: el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero como un límite a la responsabilidad de las corporaciones transnacionales | 3    |
| Metodología   | 6    |
| Organización del texto  | 7    |
| 1. LA CONSTRUCCIÓN JURÍDICA DEL SESGO DE DEBILIDAD SOBRE UN SUJETO  | 11   |
| Introducción  | 11   |
| ¿Qué puede ser entendido como un sesgo de debilidad?  | 12   |
| La comprensión del sesgo de debilidad desde los estudios de género  | 13   |
| La teoría <i>queer</i> y la multiplicidad de identidades  | 19   |
| Conclusiones  | 20   |
| 2. EL SESGO DE DEBILIDAD EN DOS ESTUDIOS DE CASO  | 23   |
| Introducción  | 23   |

|  |     |
|--|-----|
| Caso 1. El sesgo de debilidad sobre los Estados en desarrollo promovido por el Fondo Monetario Internacional         | 24  |
| Caso 2. El sesgo de debilidad sobre las comunidades indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos       | 38  |
| Conclusiones   | 47  |
| 3. EL PASO DE UNA PERCEPCIÓN DE DEBILIDAD A UN SESGO DE DEBILIDAD  | 49  |
| Introducción   | 49  |
| De la percepción de debilidad al sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero en el derecho internacional | 50  |
| Conclusiones   | 64  |
| 4. EL NUEVO ORDEN ECONÓMICO INTERNACIONAL: UN DESCONTENTO PARA EL SESGO DE DEBILIDAD                                 | 65  |
| Introducción   | 65  |
| El desagrado del nuevo orden económico internacional con el sesgo de debilidad                                       | 66  |
| Conclusiones   | 80  |
| 5. EL MAYOR DESAFÍO PARA EL SESGO DE DEBILIDAD A FAVOR DEL INVERSIONISTA EXTRANJERO                                  | 81  |
| Introducción   | 81  |
| La formulación del Código de Conducta de las Naciones Unidas para las CTN  | 82  |
| La doble regulación del Código de Conducta: un giro regulatorio para las CTN   | 86  |
| La naturaleza del Código y su vinculatoriedad frente a las CTN   | 91  |
| La distinción entre obligaciones internacionales y derecho internacional: la restricción al sesgo de debilidad       | 99  |
| Conclusiones   | 105 |
| 6. LA VICTORIA DEL SESGO DE DEBILIDAD EN LOS TRATADOS BILATERALES  | 107 |
| Introducción   | 107 |
| El sesgo de debilidad como norma en los tratados bilaterales de inversión  | 107 |
| El sesgo de debilidad en articulación con las causas e impactos de los TBI   | 113 |

|   |     |
|---|-----|
| La conservación del sesgo de debilidad como una alternativa para<br>superar las crisis                                    | 117 |
| Conclusiones  | 121 |
| 7. LA CONSERVACIÓN DEL SESGO DE DEBILIDAD EN LOS ESTÁNDARES<br>DE TRATAMIENTO   | 123 |
| Introducción  | 123 |
| La irrenunciabilidad de los Estados al sesgo de debilidad en<br>los estándares de tratamiento                             | 124 |
| El estándar de trato justo y equitativo   | 129 |
| El estándar de expropiación   | 147 |
| Conclusiones  | 161 |
| 8. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LAS CTN DESDE EL SESGO<br>DE DEBILIDAD A FAVOR DEL INVERSIONISTA EXTRANJERO        | 163 |
| Introducción  | 163 |
| La visión del derecho internacional clásico frente a<br>la responsabilidad internacional de las CTN                       | 164 |
| El sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero en<br>el debate de la responsabilidad internacional de las CTN | 167 |
| Las lecturas clásicas a la responsabilidad internacional de<br>las CTN desde el sesgo de debilidad                        | 168 |
| Conclusiones  | 198 |
| CONCLUSIONES GENERALES  | 201 |
| ANEXO   |     |
| Tratados bilaterales de inversión extranjera celebrados en<br>los años noventa  | 205 |
| BIBLIOGRAFÍA  | 211 |



## PRÓLOGO

El derecho internacional de la inversión extranjera tiene como función específica proteger al inversionista de la arbitrariedad del Estado huésped. Por este motivo, el sistema no se centra en las obligaciones de los inversionistas, sino en desarrollar garantías que los protejan y en establecer mecanismos procesales para reclamar las que se les han dado.

En *El sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero*, Yadira Castillo propone que este *telos* se basa en la premisa de que el inversionista está en una posición de debilidad y que necesita que el sistema jurídico internacional lo proteja. Castillo señala, sin embargo, que esta premisa no es *necesariamente* cierta: el inversionista extranjero no siempre necesita del sistema internacional para que vele por sus intereses. Es posible que los sistemas nacionales, o la administración de riesgos políticos por medio de seguros, brinden la protección apropiada. Además, es posible que el inversionista no sea, de hecho, más débil que el Estado huésped. Puede tener una alta capacidad para influenciar el proceso político local, o tratarse de una inversión que tenga la posibilidad de migrar con facilidad a otras localidades, sin incurrir en costo alguno. En estos casos, el inversionista no necesitaría la protección especial del derecho internacional.

Esta realidad es muy evidente: basta con echar un vistazo a los flujos de inversiones descritos, por ejemplo, por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus iniciales en inglés), para encontrar numerosos ejemplos de inversionistas que no son especialmente vulnerables jurídica o políticamente, o de sistemas jurídicos de Estados huésped que le ofrecen protección apropiada a la inversión extranjera. ¿Por qué, entonces, se parte de la idea de que el inversionista es débil? ¿Cuál es la función que cumple esta premisa? ¿Cuál es la utilidad de perpetuarla a pesar de que la realidad es mucho más compleja?

Yadira Castillo ofrece una sofisticada respuesta a estas preguntas. En su libro plantea y desarrolla el concepto de “sesgo de debilidad” y explica que el derecho de inversión extranjera presenta al inversionista como débil e incapaz de resistir el poder regulatorio del Estado, sin importar si ello corresponde o no a su

realidad, pues así limita la posibilidad de que se lo considere una amenaza para el interés de los Estados de ejercer su soberanía. Mediante este movimiento, los inversionistas —en particular las corporaciones transnacionales— limitan su responsabilidad jurídica por sus acciones en el plano internacional. Así, mediante la perpetuación del “sesgo de debilidad” en el derecho de la inversión extranjera, estas corporaciones logran un doble efecto de desregulación: por una parte, ganan protección internacional gracias a la regulación del Estado huésped y, por otra, evitan que sus propias acciones tengan consecuencias jurídicas internacionales.

*El sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero* desarrolla este argumento de manera cuidadosa, analizando diversos estudios de caso y marcos conceptuales. De la teoría *queer* al rol del Fondo Monetario Internacional en África, del trabajo de archivo sobre el Código de Conducta de la ONU a la *Alien Tort Claims Act* de Estados Unidos, este trabajo le abre nuevos horizontes al estudio del derecho internacional económico en América Latina. Yadira Castillo hace una significativa contribución al estado del arte de la disciplina, lo que refleja el vibrante ambiente de producción académica del Doctorado en Derecho de la Universidad de los Andes y que nos equipa con una nueva herramienta analítica (el “sesgo de debilidad”), completamente original, que ayuda a entender mejor nuestra realidad y el papel del derecho internacional en su construcción.

René URUEÑA  
Profesor asociado  
Facultad de Derecho  
Universidad de los Andes  
Bogotá, abril de 2015

## AGRADECIMIENTOS

Mi más sincero agradecimiento a mi tutor de tesis, René Urueña, un gran guía en mi vida. Agradezco todo lo que me ha enseñado y lo que me ha permitido descubrir, su tiempo y dedicación.

Gus Van Harten, profesor de la Universidad de York, fue un faro en mi camino investigativo. Gracias por su conocimiento y por las inquietudes compartidas.

A la Universidad de los Andes, a la decana de la Facultad de Derecho, Helena Alviar, y a Isabel Jaramillo, directora del programa de Doctorado en Derecho, agradezco todo el apoyo financiero que me brindaron y las diferentes gestiones que hicieron posible esta investigación.

A Colciencias por su apoyo financiero en la última etapa del doctorado.

A todos aquellos que de una u otra forma me brindaron herramientas para desarrollar mi investigación e hicieron de mi periplo por distintos lugares una gran oportunidad para el aprendizaje. En la Organización de las Naciones Unidas, al programa Virtual Institute Fellowship Programme, UNTACD. En Ginebra, Suiza, a Vlasta Macku, Elisabeth Tuerk (abogada experta), Hamed El-Kady (experto) y Jan Knoerich (experto asociado). En la Universidad de York, Toronto, a Susan McGrath, Michelle Millard, Marshall Beck, Eduardo Canel y Ricardo Grispun. En la Universidad de Toronto, a Sherry Smuggler, pues su experticia en la documentación de la ONU fue esencial para conseguir la información. A los profesores Beatriz Eugenia Sánchez y Alejandro Ramelli Arteaga de la Universidad de los Andes.

A mis amigos y amigas del doctorado. En especial a Alejandra Reyes, una amiga del corazón. Lina Buchely, una amiga con una solidaridad infinita. Carlos Agudelo, un amigo en la travesía.

A Sandra Ducón, coordinadora de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, por su gran apoyo, y a Tatiana Grosch, por haberme ayudado a corregir este texto.

A mis padres, por ser mis compañeros inseparables en la distancia. A mi madre, por su amor incondicional. A mi hermana, no sé si sabes todo lo que hago, pero siempre estás presente.

A Dios, mi fuerza interna, mi mayor fuente de fortaleza, convicción y constancia.



## INTRODUCCIÓN

La búsqueda de una responsabilidad internacional para las corporaciones transnacionales (CTN) captura la atención de quienes consideran que los derechos a su favor no se ven acompañados de responsabilidades frente a sus impactos negativos.<sup>1</sup> Los hechos muestran que, al lado del papel positivo de las corporaciones transnacionales como agentes de crecimiento económico y cambio estructural,<sup>2</sup> han aparecido constantes denuncias por sus violaciones a los derechos humanos, por ejemplo, durante la era del *apartheid* en África y del holocausto nazi en Alemania,<sup>3</sup> y que hoy no encuentran límites geográficos. De hecho, casos como *Wima v. Royal Dutch*, *Doe v. Unocal*, *Bowoto v. Chevron*, *The Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy*, *Sarei v. Rio Tinto* y *Kiobel v. Royal Dutch*<sup>4</sup> muestran que las CTN pueden comprometer derechos civiles, ambientales, económicos, sociales y culturales. Incluso pueden amenazar la soberanía de los Estados, tal como ocurrió con el golpe de Estado al Gobierno de Allende,<sup>5</sup> actuando ya sea por una acción directa, por complicidad o por omisión.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Surya Deva, “Human Rights Violations by Multinational Corporations and International Law: Where from Here?”. *Connecticut Journal of International Law* n.º 19 (2003-2004): 56.

<sup>2</sup> Commission on Transnational Corporations, Work on the formulation of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations, Outstanding issues in the draft Code of Conduct on Transnational Corporations, E/C.10/1985/S, 23 de mayo de 1985, párr. 7. Commission on Transnational Corporations, Recent Developments Related to Transnational Corporations and International Economic Relations, Report of the Secretariat, E/C.10/1982/2, 16 de julio de 1982, p. 16, párr. 27.

<sup>3</sup> Véase Jeremy Sarkin, “La consolidación de los reclamos a las reparaciones por violaciones de los derechos humanos cometidas en el sur”. *Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos* 1 (2004): 70-135.

<sup>4</sup> United States Court of Appeals – Ninth Circuit, *Sarei v. Rio Tinto*, Order and Opinion, caso 02-56256, 12 de abril de 2007; United States Court of Appeals – Ninth Circuit, *John Doe v. Unocal Corporation*, John Imle, Roger C. Beach, caso 96-06959-RSWL. Decisión del 18 de septiembre de 2002, v. 1 de 2; United States District Court for the Southern District of New York, *Wima v. Royal Dutch Shell Petroleum*, 28 de febrero de 2002; United States District Court for the Southern District of New York, *The Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy*, 2006; Supreme Court of the United States, Opinion of the Court 10-1491, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, 17 de abril de 2013; *Bowoto v. Chevron*, caso 99-2506, United States District Court for the Northern District of California.

<sup>5</sup> El triunfo democrático de Allende como presidente de Chile, en los setenta, fue visto como el triunfo del socialismo sobre el capitalismo por muchos de los países del bloque soviético, situación que no caía bien a la política extranjera del Gobierno de Estados Unidos. Algunos comentaristas sostienen que hubo una combinación de fuerzas entre la Agencia Central de Inteligencia (CIA) y la International Telephone and Telegraph Company (ITT) que llevaron a la caída de Allende, con la instalación del régimen pro occidente de Pinochet. Tagi Sagafi, *The UN and Transnational Corporations: From Code of Conduct to Global Compact* (Bloomington: Indiana University Press, 2008), 56; 234, pie de pág. 4.

<sup>6</sup> Deva, “Human Rights Violations”, p. 8. Véase también a Clapham, quien expone los tres tipos de complicidad corporativa: directa, indirecta y silenciosa. Andrew Clapham y Scott Jerbi, “Categories

En efecto, los Estados ya no tienen el monopolio de las violaciones a los derechos humanos, pues han surgido las CTN como agentes poderosos con impactos negativos.<sup>7</sup> Así, no hay razones para mantener a estos sujetos ausentes de un estatus internacional, máxime cuando son más poderosas que los individuos.<sup>8</sup> Pese a la pertinencia de esos argumentos, el derecho internacional se mantiene petrificado frente a la responsabilidad internacional de las corporaciones transnacionales, incluso en momentos en que la balanza de negociación se ha inclinado hacia la regulación de obligaciones para las mismas. Así ocurrió, por ejemplo, con la negociación del Código de Conducta de las Naciones Unidas para las CTN entre 1976 y 1991. Como veremos, este Código, liderado por los Estados en desarrollo, pretendió imponerles obligaciones internacionales a esos sujetos corporativos, y restringir su protección internacional en temas de inversión extranjera, como un intento por desligarse de los vestigios del colonialismo. Sin embargo, quince años de negociaciones abrieron la puerta a un estatus aún más privilegiado para las corporaciones transnacionales, lo que las ha mantenido blindadas de ser sujetos de responsabilidad internacional.

El fracaso en la negociación del Código coincidió con la irrupción, en los noventa, de la firma de Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) y tratados multilaterales a favor del inversionista extranjero, que hoy ya suman un universo aproximado de 5500 acuerdos internacionales de inversión.<sup>9</sup> Desde ese período, la soberanía regulatoria de los Estados ha estado limitada por su interés en ampliar el espectro de protección internacional para el inversionista, catalogándolo como el sujeto protegido de la capacidad regulatoria estatal.

El sesgo de la regulación internacional de las CTN —en especial el derecho de inversión extranjera— no ha sido explorado desde sus causas e impactos frente a la responsabilidad internacional de las corporaciones transnacionales, siendo esa exploración el propósito de este libro. La responsabilidad de ese sujeto se sigue estudiando desde la voluntad de los Estados, atada a la estructura clásica del derecho internacional. Con ello, la responsabilidad de sujetos no estatales, como las compañías multinacionales, es minimizada, enfatizando un lado del

---

of Corporate Complicity in Human Rights Abuses”. *Hastings International and Comparative Law Review* 24 (2000-2001): 339-349.

Para estudiar los impactos ambientales véase Xue Hanquin, *Transboundary Damage in International Law* (United Kingdom: Cambridge University Press, 2003).

<sup>7</sup> Deva, “Human Rights Violations”, 1.

<sup>8</sup> *Ibid.*, 51.

<sup>9</sup> Según UNCTAD, para 2005 existían aproximadamente 5500 acuerdos internacionales de inversión. De esos instrumentos, 2495 correspondían a TBI. UNCTAD, “Developments in International Investment Agreements in 2005”. *International Investment Agreements Monitor* n.º 2 (2006): 2.

prisma, mientras se invisibiliza el poder de los otros. En efecto, las diferentes aproximaciones clásicas a la responsabilidad internacional de esa clase de sujetos coinciden en su negación, bien sea justificándola o cuestionándola.

Aunque tales aproximaciones son coherentes, lo cierto es que son insuficientes para explicar las causas de la incapacidad del derecho internacional para avanzar en la responsabilidad internacional de las CTN. De hecho, la visión tradicional obvia preguntas claves como: ¿a qué responde la personalidad jurídica de las CTN en los tratados internacionales de inversión extranjera?, ¿cuáles son sus impactos en la responsabilidad internacional de las compañías multinacionales?, ¿cómo interpretar esa falta de interés de los Estados en regular a un actor económico con poderes transnacionales?, ¿cómo entender que las tensiones entre derechos humanos e inversión extranjera pueden resolverse a favor del primero?, ¿qué está detrás de la regulación de tratados de inversión para los inversionistas extranjeros con exclusión de obligaciones internacionales en su contra?, ¿caso la falta de voluntad de los Estados para establecer la responsabilidad internacional de las CTN se limita a un tema de voluntad o de competitividad?

EL ARGUMENTO DEL LIBRO: EL SESGO DE DEBILIDAD A FAVOR DEL  
INVERSIONISTA EXTRANJERO COMO UN LÍMITE A LA RESPONSABILIDAD  
DE LAS CORPORACIONES TRANSNACIONALES

El libro pone de presente la existencia en el derecho internacional de la inversión extranjera de un sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero, como un límite a la responsabilidad internacional de las CTN.<sup>10</sup> Este texto propone que el derecho de inversión extranjera retrata al inversionista como débil e incapaz de resistir el poder regulatorio del Estado, indistintamente de si ello corresponde a su realidad, limitando la posibilidad de ser visto como una amenaza frente al interés de los Estados por ejercer su soberanía. En este sentido, el derecho internacional de la inversión asume que la corporación transnacional necesita protección, y la presenta como un constreñimiento a las facultades soberanas del Estado receptor. Esa premisa del derecho hace que los Estados condicionen su voluntad regulatoria, creando derechos para el inversionista con exclusión de obligaciones internacionales en cabeza de estos últimos, incluyéndose en esa exclusión la responsabilidad internacional.

<sup>10</sup> La definición de las CTN como inversionistas extranjeros se da porque las mismas actúan en un nivel transnacional al poseer activos, administrar, controlar otras corporaciones o contratar con proveedores o contratistas en más de un país. Deva, “Human Rights Violations”, 6.

Este libro muestra que el universo de tratados internacionales de inversión extranjera tiene un sesgo estructural alineado con una aparente debilidad del inversionista extranjero. Estos instrumentos disponen una regulación asimétrica en términos de derechos y obligaciones. Así, manteniendo el carácter interestatal del sistema internacional, los Estados aceptan ser los únicos sujetos obligados, excluyendo al tercero beneficiado de la atribución de obligaciones internacionales. Esto es, el inversionista, que no es distinto a la CTN, consigue un estatus privilegiado que le confiere poder y lo blindo frente al Estado, tanto en la defensa internacional de sus intereses, como de una eventual responsabilidad. Para el sesgo de debilidad, inserto en el derecho de inversión extranjera, es incompatible la creación de obligaciones para el inversionista extranjero con su consecuente responsabilidad internacional. En consecuencia, el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero solo permite la creación de derechos internacionales para tal sujeto, nunca obligaciones, las cuales permanecen en cabeza del Estado huésped de la inversión.

Esa dinámica que asumen los tratados de inversión refleja al derecho internacional como la mejor plataforma para mantener el sesgo de debilidad a favor del inversionista. Para comprender el rol del derecho en la creación de ese sesgo, el texto se apoya en las interacciones entre el derecho internacional público y el derecho de la inversión extranjera. Más que marcar una referencia expresa sobre cada uno, el libro refleja los puentes entre ellos a la luz del sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero. En ambos casos, los Estados actúan como los principales creadores del derecho internacional público. Sin embargo, en el derecho internacional de inversión extranjera la regulación supera la dimensión interestatal propia del derecho internacional público, enfocándose en la regulación de las relaciones en materia de inversión entre Estados y sujetos no estatales.<sup>11</sup> De este modo, la voluntad soberana es decisiva en la creación del marco jurídico que incorpora el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero.

En consideración a lo indicado, el texto, en su desarrollo, revela cómo el derecho le orquesta al inversionista su estatus privilegiado, plasmando al menos tres formas. Con la primera, el libro denota que el sesgo de debilidad tiene su origen en una percepción de debilidad a favor del inversionista extranjero, construida con las prácticas imperialistas desplegadas por los Estados de occidente en los territorios no europeos. Desde este período, los Estados europeos

<sup>11</sup> Stephan Schill, "Enhancing International Investment Law's Legitimacy: Conceptual and Methodological Foundations of a New Public Law Approach". *Journal of International Law* 52, n.º 57 (2011): 59 y 75.

promovieron una regulación unidireccional para el inversionista extranjero con base en el derecho internacional. Este tipo de regulación transformó la percepción de debilidad en un sesgo a favor del inversionista extranjero, incorporado en la estructura del lenguaje jurídico usado para su regulación.

Con la segunda forma, la aspiración universalizante del derecho internacional facilita la expansión del sesgo de debilidad. El recurso a una norma consuetudinaria para proteger al inversionista era una muestra de su supuesta debilidad. Desde el período colonial/imperial, los Estados europeos se apoyaron en el carácter general del estándar mínimo internacional a favor de los inversionistas extranjeros para exigir su observancia por todo sujeto con aspiraciones soberanas. Así, argumentaban que el desconocimiento de ese estándar significaba una violación al derecho internacional.

Finalmente, el carácter diferenciado entre sujetos estatales y no estatales, propio del derecho internacional clásico, perpetúa el sesgo de debilidad, garantizándole al inversionista extranjero una personalidad jurídica estratégicamente limitada, la cual le permite acudir directamente a las cortes internacionales, pero no genera deberes para el mismo. Adicionalmente, la dinámica del arbitraje de inversión extranjera denota la incorporación del sesgo de debilidad, consiguiendo la protección del inversionista, más que su constreñimiento ante las facultades regulatorias y defensivas del Estado. De este modo, el arbitraje de inversión es un engranaje que le confiere al inversionista diversos beneficios en la defensa de sus intereses a fin de contrarrestar su aparente debilidad. Los árbitros, influenciados por el sesgo estructural del derecho de inversión, alineado con la idea de debilidad del inversionista extranjero, realizan sus interpretaciones con una tendencia a su fortalecimiento. Con ello se muestran predispuestos a favorecer los intereses del inversionista más que a establecer límites para demandar al Estado.

En este marco, el sesgo de debilidad se expresa mediante el derecho internacional porque este le presta sus atributos para mantener controlada la capacidad regulatoria de los Estados, conservando al mismo tiempo la identidad jurídica del inversionista, la cual se construye alrededor de su aparente vulnerabilidad. Esa identidad, orientada en un sentido unidireccional a favor del inversionista extranjero, es construida indistintamente de si este sujeto es débil en la práctica. Los Estados, mediante el poder normativo del derecho, asumen un rol de protección, creando para el inversionista un marco jurídico con predictibilidad y garantías frente al poder regulatorio del Estado. A partir de ello, el inversionista

extranjero no está interesado en liberarse del sesgo de debilidad que opera en su favor, aun si el mismo es equivocado, pues no lo proyecta como un sujeto desventajado o librando batallas para emanciparse. Simplemente, es un sujeto con una regulación ventajosa gracias al sesgo de debilidad que el derecho ha promovido en la creación de su identidad.

## METODOLOGÍA

Con el fin de construir paralelos, la conceptualización del sesgo de debilidad se apoya en referentes diferentes al derecho internacional económico, dado que en el derecho de la inversión extranjera no ha sido registrada la existencia y operación de ese sesgo de debilidad. Entre esos referentes tenemos:

- *Los estudios de género y la teoría queer.* Ambos tienen como propósito dar cuenta de la o las identidades que caracterizan a un sujeto, pero lo hacen con distintas pretensiones y marcos de referencia. De allí sus aportes a la construcción de la noción del sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero. Los estudios de género sostienen que el derecho tiene un sesgo estructural patriarcal, producto de una idea distorsionada sobre las debilidades de las mujeres, estableciendo efectos jurídicos, indistintamente de la correspondencia de ese sesgo con la realidad. La teoría *queer* se aparta de la perspectiva heteronormativa de los estudios de género, respaldada en las identidades construidas y consolidadas a partir de la visión binaria entre hombre y mujer. Como alternativa, propone la multiplicidad de identidades de un sujeto. Esas aproximaciones, a la luz del inversionista extranjero, permiten explorar un sesgo de debilidad a favor de este sujeto y la interacción de dos identidades para el mismo: la basada en una idea de fortaleza y la basada en una idea de debilidad.
- *La política monetaria internacional en cabeza del Fondo Monetario Internacional (FMI).* Aquí se explora cómo el sesgo de debilidad sobre los Estados en desarrollo es construido alrededor de su incapacidad de superar por sí solos sus problemas económicos. Para ello, el FMI se respalda en los programas de ajuste estructural como herramienta idónea para mantener la pertinencia de ese sesgo.
- *La agenda de los grupos indígenas y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* Esta aproximación se nutrió con la realización de entrevistas a líderes indígenas, con las cuales se exploraron las relaciones entre tales comunidades y el rol de las CTN y el Estado a la luz de la consulta

previa, en el marco de la explotación de recursos naturales en los territorios habitados por los pueblos indígenas.

En relación con las herramientas de los estudios históricos, es preciso indicar que esta investigación no pretende ceñirse a los postulados de la metodología histórica y convertirse en un texto de esa categoría. Aquí la referencia a las herramientas de esos estudios permite aludir al origen del concepto del sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero y su transformación en un sesgo estructural normativo. De este modo, el análisis histórico no solo permite ubicar en el universo jurídico el concepto investigado sino mostrar su operación regulatoria y efectos distributivos en distintos momentos. Luego, este estudio no supone una periodización del desarrollo del derecho internacional, o un análisis epistemológico del desarrollo de esta rama.<sup>12</sup> Básicamente, se revisa un momento del derecho internacional y se establecen los vínculos de ese pasado con la regulación internacional actual de la inversión extranjera a la luz del sesgo de debilidad.<sup>13</sup>

En función de lo anterior, este libro explora los orígenes del derecho de inversión extranjera, ocupándose en detalle del proceso de negociación del Código de Conducta de las Naciones Unidas para las CTN, negociado entre 1976 y 1991. Esta iniciativa fracasada permite comprender un proceso de negociación multilateral, usando momentos históricos coyunturales y fuentes primarias en articulación con las secundarias. En este caso, la información producida por la Comisión de las Naciones Unidas para las Corporaciones Transnacionales, la cual será abordada con detalle. La historia del Código es un insumo para rastrear el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero, más que un simple reflejo de las relaciones de poder y subordinación entre los Estados desarrollados y en desarrollo. En este sentido, el objetivo no es reprimir un momento histórico por el simple hecho de ser un tiempo pasado o “perdido”<sup>14</sup> porque no consiguió un consenso, sino rescatar sus aportes.

#### ORGANIZACIÓN DEL TEXTO

La presente investigación tiene dos grandes frentes de estudio. El primero rastrea la emergencia del sesgo de debilidad, llegando al máximo desafío que ha sufrido: el Código de Conducta de las Naciones Unidas para las CTN, nego-

<sup>12</sup> Ingo Hueck, “The Discipline of the History of International Law: New Trends and Methods of the History of International Law”. *Journal of the History of International Law* 3 (2001): 194-217.

<sup>13</sup> George Bandeira Galindo, “Martti Koskenniemi and the Historiographical Turn in International Law”. *The European Journal of International Law* 16, n.º 3 (2005): 541.

<sup>14</sup> *Ibid.*, 558.

ciado entre 1976 y 1991. Este instrumento pretendió desestabilizar el sesgo de debilidad y darle un giro regulatorio al sentido unidireccional de regulación existente para las corporaciones transnacionales. A pesar de que no le apuntó a imponer una responsabilidad internacional para tales sujetos, sí constituyó el más claro ataque hasta el momento contra el sesgo de debilidad, toda vez que buscaba la inclusión de obligaciones internacionales para ellos y la restricción de su espectro de protección internacional. Sin embargo, el fracaso de esta negociación orquestó el regreso fortalecido del sesgo de debilidad, que se cristaliza mediante su positivización. A partir de los años noventa, esa positivización se refleja en el universo de acuerdos internacionales de inversión, en especial de los tratados bilaterales de inversión.

El segundo frente de investigación explora la negativa de la responsabilidad internacional para las CTN. Para ello se estudian las lecturas tradicionales de la responsabilidad internacional sobre tales sujetos en clave del sesgo de debilidad. Este no es una institución del derecho internacional con vida propia, tal como ocurre con el hecho ilícito internacional o la personalidad jurídica. En tal sentido, cada una de las lecturas le presta al sesgo su estructura para que este ejerza y amplíe su espectro de acción. Así, el sesgo de debilidad explica las limitaciones de cada una de las aproximaciones tradicionales mediante una adición a sus posturas. Esto no significa que el sesgo de debilidad desconozca la posición de cada una o que carezca de un contenido. La tarea del sesgo es explicar la negativa de cada lectura desde otra mirada, nutriéndose de las perspectivas tradicionales e incluso instrumentalizándolas en beneficio propio. De este modo, el sesgo de debilidad se incorpora a las aproximaciones tradicionales para darle vida a los preceptos que impone en áreas como el derecho de la inversión extranjera.

El libro se divide en ocho capítulos. El capítulo 1 introduce la operación del sesgo de debilidad en el derecho. Para ese objetivo, se recurre a ciertos elementos de los estudios de género a fin de analizar el poder y la capacidad del derecho para crear identidades a partir de sesgos. Este marco permite construir paralelos con el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero y facilita su comprensión. El capítulo 2 presenta dos casos concretos para establecer un diálogo con otras agendas, y afianzar el marco expuesto por los estudios de género. De tal manera, se exploran: la operación del sesgo de debilidad con las comunidades indígenas y las políticas del FMI sobre países en desarrollo con problemas en la deuda externa.

El capítulo 3 explora el origen del sesgo de debilidad. Para ello se remite al origen colonial del derecho de la inversión extranjera, a fin de reflejar los medios que propiciaron la gestación de la idea de proteger al inversionista, más que constreñirlo. El texto señala que el sesgo de debilidad inserto en la regulación de la inversión extranjera tiene su origen en una percepción de debilidad creada por los Estados desarrollados. Esa percepción jugó a su favor, ya que se construyó sobre las limitaciones que tenía el inversionista para defenderse por sí solo en el Estado huésped de la inversión. Ella se transformó en un sesgo de debilidad reflejado en normas, mediante la celebración de tratados (inequitativos y recíprocos), y en el ejercicio de la protección diplomática. El capítulo 4 estudia el Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI) como el escenario donde convergieron distintas causas para desestabilizar el sesgo de debilidad, mediante la formulación de un Código de Conducta para las CTN, y la restricción a la protección internacional de estos sujetos en temas clave como la expropiación. El capítulo 5 concentra su atención en la negociación del Código de Conducta de las Naciones Unidas para las corporaciones transnacionales, con el objetivo de explorar el mayor desafío que el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero ha tenido hasta el momento. Aunque el Código no pretendió crear una responsabilidad internacional para las corporaciones transnacionales, pretendió limitar el espectro de protección internacional para las CTN e incluir obligaciones internacionales, hasta ahora ausentes, con alguna medida de exigibilidad.

El capítulo 6 analiza el retorno fortalecido del sesgo de debilidad, al cristalizarse en un universo de instrumentos internacionales, mediante la explosión de TBI en la década de los noventa. El capítulo 7 estudia las prescripciones del sesgo de debilidad alrededor de dos estándares de tratamiento para el inversionista extranjero: trato justo y equitativo, y expropiación. Allí se estudian los alcances y evolución del sesgo de debilidad, contrastando el proceso de negociación del Código y la práctica arbitral. Esta sugiere que el sesgo de debilidad a favor del inversionista se ha fortalecido, y los árbitros influenciados por el lenguaje del derecho de inversión, que presume la debilidad del inversionista, realizan sus interpretaciones con una tendencia al fortalecimiento de la posición de ese sujeto. Precisamente, esas interpretaciones superan el marco de protección previsto para el inversionista en la esfera del estándar mínimo internacional o de obligaciones internacionales inferidas durante la negociación del Código de Conducta.

El capítulo 8 cierra el argumento con el estudio del sesgo de debilidad como límite a la responsabilidad internacional de las CTN. Este capítulo presenta los límites de la visión clásica del derecho internacional a la responsabilidad internacional de esos sujetos, e introduce el sesgo de debilidad del inversionista extranjero en el debate. A partir de esa introducción reinterpreta las lecturas clásicas de la responsabilidad internacional a la luz del sesgo de debilidad. Tal sesgo tiene la capacidad para adicionarlas, al explicar los límites a la responsabilidad de cada una de ellas desde otra perspectiva. Con ello se intenta concluir que el análisis de la responsabilidad internacional de las CTN debe incluir el análisis del sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero, como una variable para entender los límites y posibilidades de tal responsabilidad.

## LA CONSTRUCCIÓN JURÍDICA DEL SESGO DE DEBILIDAD SOBRE UN SUJETO

### INTRODUCCIÓN

El sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero no se encuentra desarrollado en el derecho internacional económico o el derecho internacional de la inversión extranjera. Dada tal carencia, este capítulo se apoya en las aproximaciones de género y en la teoría *queer* para mostrar la operación de un sesgo de debilidad y la multiplicidad de identidades que pueden recaer sobre un sujeto.

Según los estudios de género, el derecho tiene un sesgo patriarcal producto de una idea de debilidad distorsionada sobre las mujeres, incidiendo en su marginación y consecuentes efectos distributivos de poder. Esta comprensión sustenta el argumento central de este capítulo, según el cual el sesgo de debilidad opera indistintamente de si corresponde a la realidad de un sujeto. Aspecto importante, pues la distorsión de la realidad de un sujeto no obstaculiza la creación de identidades jurídicas con roles más o menos ventajosos, incluso con identidades con un doble efecto, tanto emancipador como opresor o aparentemente antagónicas. Aquí, la teoría *queer* se suma a la construcción del sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero. Esta aproximación defiende la existencia de múltiples identidades interactuando sobre un individuo al mismo tiempo. En el caso del inversionista extranjero, en principio, su caracterización se liga a una idea de fortaleza, con exclusión de una presunción de debilidad. Sin embargo, ambas identidades pueden operar paralelamente y conferirle al inversionista extranjero un estatus privilegiado.

A continuación se presentan tres aproximaciones a los estudios de género: la que pretende ocultar la debilidad de las mujeres buscando la igualdad con la norma de lo masculino, y las que buscan la visibilización de sus vulnerabilidades, ya sea para afianzarlas o para visibilizar las que culturalmente son estabilizadas por el sesgo patriarcal del derecho. Asimismo, este capítulo presenta una aproximación a la teoría *queer*, con el propósito de facilitar la comprensión de las múltiples identidades que pueden recaer sobre el inversionista extranjero.

## ¿QUÉ PUEDE SER ENTENDIDO COMO UN SESGO DE DEBILIDAD?

El sesgo de debilidad recae en ciertos sujetos y los describe como incapaces, inferiores o limitados. La formación de ese sesgo ocurre en las interacciones sociales y se ve reflejada en el derecho como herramienta regulatoria. Ello implica el recurso a los signos, a la palabra hablada o escrita para construir conceptos e identidades subjetivas. Por su parte, el derecho reafirma o construye esas identidades con el empleo de instituciones legales. Estas instituciones están permeadas de un lenguaje de poder, con la capacidad de dar o restar poder a ciertos sujetos, legitimar o silenciar ciertas prácticas.<sup>1</sup>

El sesgo de debilidad puede ser expresado mediante normas jurídicas. El derecho, como artefacto normativo, crea un marco que determina el estatus de un sujeto. De este modo, el derecho le confiere a un sujeto una suerte jurídica más o menos privilegiada. Es decir, podrá imponerle a un sujeto más o menos obligaciones, o brindarle mayores o menores herramientas regulatorias para la defensa de sus intereses. En últimas, el sesgo es adoptado por el derecho, constriñendo el poder regulatorio sobre ciertos actores. En ese sentido, los Estados constriñen la libertad jurídica de un individuo o la despejan de obstáculos, pero bajo un marco de protección, cuando el sesgo dispone que ese sujeto no puede combatir por sí mismo sus vulnerabilidades. En la primera situación, encajan los Estados en desarrollo con graves problemas en la deuda. Ellos encuentran en el Fondo Monetario Internacional un alivio, pero condicionan su autonomía a los mandatos inexorables de una dependencia vertical. En la segunda se ubican los inversionistas extranjeros. Los Estados regulan derechos a su favor, excluyendo la creación de obligaciones internacionales en su contra.

Ahora bien, el sesgo de debilidad puede tener un doble efecto frente a ciertos sujetos, esto es, subordinando y emancipando. Ese doble efecto no es excluyente en todos los casos. Un sujeto puede estar constreñido por el sesgo de debilidad, pero al tiempo beneficiarse. De hecho, la posibilidad de conseguir un avance legislativo a su favor se liga a la perpetuación de ese sesgo de debilidad. En el caso de las comunidades indígenas, esa estabilización no supone un estigma que los condena a la opresión o invisibilización por el derecho. Para algunos, el énfasis en su sesgo de debilidad es más beneficioso que liberarse de él.

<sup>1</sup> Lucinda Finley, "Breaking Women's Silence in Law: The Dilemma of the Gendered Nature of Legal Reasoning". *Notre Dame Law Review* 64 (1989): 888.

El sentido regulatorio dado a ese sesgo puede no corresponder a la realidad de un individuo. Sin embargo, el derecho legitima ese sesgo de debilidad, silenciando o distorsionando la realidad. Del mismo modo, el sesgo produce efectos jurídicos, indistintamente de si es o no identificado. El sesgo viaja a lo largo del tiempo, incorporándose en diferentes argumentos o justificaciones sin necesidad de ser evidenciado, condicionando la voluntad regulatoria de los Estados o el uso dado al derecho por distintos actores. Su poder va más allá de la producción de marcos regulatorios determinados por sus inclinaciones. La adopción que hace el derecho del mismo le permite afianzar su existencia.

#### LA COMPRENSIÓN DEL SESGO DE DEBILIDAD DESDE LOS ESTUDIOS DE GÉNERO

Este acápite aborda las aproximaciones de género para explorar cómo el derecho adopta y perpetúa sesgos estructurales. Estos estudios son pertinentes para indagar cómo el derecho, a partir de presunciones —que pueden o no corresponder a la realidad—, le moldea a un individuo una identidad con efectos regulatorios. Tales estudios son una puerta de entrada para entender cómo opera el sesgo de debilidad en el derecho y establecer paralelos con su operación en el derecho internacional de la inversión extranjera. Con ello se quiere indicar que la adopción de sesgos estructurales por el derecho no es un tema exclusivo del derecho de la inversión extranjera, si bien aquí se revela su existencia, la incorporación estructural de un sesgo puede recaer en distintos sujetos. Así, los estudios de género permitirán comprender que el derecho le facilita al inversionista extranjero su vida jurídica cuando adopta el sesgo de debilidad que opera en su favor, sin que sea un sujeto necesariamente débil en la práctica. A diferencia de los estudios de género, los inversionistas no están interesados en dismantelar el carácter distorsionado del sesgo que los acompaña, pues su conservación les garantiza la defensa de sus derechos, más que su constreñimiento.

Los estudios de género son útiles debido a la adopción que el derecho hace de un sesgo de debilidad que recae en las mujeres. La referencia a ese sesgo, indistintamente que se haga para visibilizarlo, ocultarlo o deconstruirlo, sugiere que si el derecho no hubiera capturado ese sesgo estructural patriarcal, otras agendas y batallas tendrían las feministas. En general, las aproximaciones al feminismo pretenden superar las formas de opresión sobre la mujer.<sup>2</sup> Para los

<sup>2</sup> Jaramillo, en el “Estudio preliminar” al libro *Género y teoría del derecho*, distingue el feminismo que promueve un trato igual entre hombres y mujeres, así como el feminismo que enfatiza en las diferencias de género. En el primero se comprende el feminismo liberal clásico, el social y el feminismo

estudios de género, el derecho tiene un sesgo estructural masculino, que permea las instituciones de la visión patriarcal del mundo,<sup>3</sup> caracterizado por privilegiar al hombre competitivo, racional, inmerso en el mercado y desligado de emociones.<sup>4</sup> Esa aproximación es adoptada por el derecho como la visión dominante, universalizadora, y a su vez excluyente de las que no encajan en sus parámetros. Puede ser inclusiva de otras, pero la mirada masculina las despoja de sus particularidades. De ese modo, el sesgo patriarcal del derecho ha perpetuado de forma negativa las diferencias de género, catalogando muchas de ellas como vulnerabilidades femeninas, bien sea silenciándolas o destinándolas a su asimilación.

Una de las iniciativas para liberar a las mujeres del sesgo de debilidad incorporado por el derecho consiste en ocultar las diferencias para conseguir su asimilación. El énfasis en la diferencia de género en las sociedades sexistas permite “racionalizar la subordinación de las mujeres”.<sup>5</sup> Al catalogarlas como irracionales y sentimentales, se justifica su exclusión de los trabajos intelectuales, pero su idoneidad para las labores domésticas.<sup>6</sup> Esta propuesta de asimilación ha sido objeto de numerosas críticas. Por ejemplo, Owen indica que la propuesta de un trato igual entre mujeres y hombres<sup>7</sup> niega el reconocimiento de sus diferencias de género. Por su parte, West denota que, en la agenda de asimilación, la opresión femenina se liga a la presunción de una capacidad racional limitada,<sup>8</sup> producto de un derecho paternalista que, en la búsqueda de su protección, las destina a permanecer en sus casas.<sup>9</sup>

Así, en contraste con la propuesta anterior, Fraser subraya las aproximaciones que no niegan las diferencias de género y enfatizan en las vulnerabilidades exclu-

---

socialista. En el segundo se incluyen los estudios del feminismo radical y cultural. Robin West, *Género y teoría del derecho* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, 2000), 40.

<sup>3</sup> Lucinda Finley se refiere a la historia de la jurisprudencia angloestadounidense para indicar que los “hombres han diseñado el derecho, lo han definido, interpretado y le han dado un significado con su entendimiento del mundo y del otro más que de ‘ellos’”. “Como sus diseñadores han definido el derecho en su propia imagen, el derecho ha excluido o marginalizado las voces y significados de los otros” (traducción libre). Finley, “Breaking Women’s Silence”, 892.

<sup>4</sup> Según Finley, el derecho incorpora estructuras dualistas que se alinean con el sesgo patriarcal del derecho. Esa interrelación impide comprender positivamente los devaluados lados del dualismo donde se ubican las mujeres (público/privado, natural/cultural, mente/cuerpo, igualdad/discriminación, trato especial/trato igualitario). Así, la solución a las tensiones del dualismo patriarcal mantiene a las mujeres como las perdedoras o desventajadas. *Ibid.*, 899.

<sup>5</sup> Nancy Fraser, *Instituta interrupta: Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, 1997), 232.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> Owen Fiss se refiere al feminismo de la igualdad, que requiere un marco legal unisex para no ser juzgado o discriminado por razón del sexo. Owen Fiss, “What is feminism?”. *Arizona State Law Journal* 26 (1994): 416.

<sup>8</sup> West, *Género y teoría del derecho*, 41.

<sup>9</sup> *Ibid.*

sivas a las mujeres para combatir el androcentrismo.<sup>10</sup> Para West, las diferencias con los hombres radican en la subjetividad de las mujeres que las hace peculiares y titulares de formas de conocimiento más integradoras,<sup>11</sup> porque tienen un “sentido” de “conexión” existencial con otra vida humana que los hombres no tienen.<sup>12</sup> En esa subjetividad peculiar surge la debilidad femenina, sustentada en los vínculos establecidos con otra vida. Las mujeres, al ser fuente de vida, las responsables del cuidado de los niños pequeños, desarrollan un “grado de intimidad física y psíquica con el otro”.<sup>13</sup> Al tiempo, mantienen apegos y temores a la separación del otro. Eso les dificulta conseguir su independencia, aspecto esencial en la existencia de los hombres.<sup>14</sup> En ese apego con el otro, las mujeres desarrollan una vulnerabilidad especial,<sup>15</sup> pues el momento del desapego está acompañado de una resistencia a ese “dolor” o de una sensación de “abandono”. Bajo el sesgo de debilidad, los vínculos desarrollados por las mujeres con otra vida las hace débiles para asumir su independencia; ellas prefieren conservarse dependientes antes que experimentar el dolor de la separación.

Al lado de la anterior mirada al feminismo, West indica la que reconoce las diferencias de género, pero con otro sustento. La idea de debilidad es usada para cuestionar el sesgo patriarcal del derecho que les impide alcanzar una identidad independiente, mas no para visibilizar las vulnerabilidades exclusivas de la mujer culturalmente construidas. Según West, la conexión existencial de las mujeres con el otro, bien sea por el embarazo o por una relación sexual, es fuente de miseria, opresión y de aniquilamiento a su libertad. Se trata de una “invasión” e “intrusión”,<sup>16</sup> inherentes a la vulnerabilidad de la mujer. El embarazo es una invasión “a la que las mujeres son claramente vulnerables”, causa una lesión porque “es un peligroso abuso al cuerpo, psíquicamente agotador, existencialmente inoportuno y físicamente invasivo, lo que a su turno conduce a un peligroso, agotador, inoportuno e invasivo asalto al sentido de la identidad de la madre”.<sup>17</sup>

Para Dworkin, la cópula es una intrusión; tanto la consentida como la originada en una violación. El pene “ocupa el cuerpo y divide a la mujer”, “se introduce,

<sup>10</sup> *Ibid.*, 234.

<sup>11</sup> *Ibid.*, 41.

<sup>12</sup> *Ibid.*, 90.

<sup>13</sup> *Ibid.*, 93.

<sup>14</sup> *Ibid.*, 94-96.

<sup>15</sup> West distingue desde el feminismo cultural las diferencias entre hombres y mujeres. Los hombres “valoran la autonomía respecto al hombre y temen la aniquilación por parte de él, las mujeres [...] valoran la intimidad con el otro y temen la separación de él”. Es allí en donde emerge su especial vulnerabilidad. *Ibid.*, 111.

<sup>16</sup> *Ibid.*, 90.

<sup>17</sup> *Ibid.*, 113.

desafía, niega y *hace imposible* el mantenimiento de la integridad física y la formación de un yo unificado”.<sup>18</sup> Las mujeres temen y rechazan esa invasión e intrusión que las hace presa de una acentuada vulnerabilidad, y amenaza el anhelo de una “identidad independiente, individualizada y separada”.<sup>19</sup> Para esta misma autora, instituciones como el matrimonio afianzan la relación de subordinación entre el hombre y la mujer, fortaleciéndose el sesgo de debilidad femenina. La regulación dada al matrimonio asimila a la mujer como un bien de propiedad o posesión del hombre. Bajo el matrimonio, el acto sexual —específicamente el coito— es un derecho de los hombres. Por lo tanto, es un derecho inherente a la institución matrimonial, sin importar si existe voluntad de la mujer.<sup>20</sup>

Todas las anteriores aproximaciones reiteran el sesgo de debilidad que recae en las mujeres. La aproximación que promueve la igualdad de género es criticada por ser androcéntrica y asimilacionista.<sup>21</sup> Al defender la igualdad de capacidades entre mujeres y hombres, se asimila con los estereotipos de una sociedad sexista, que perpetúa el sesgo masculino como la norma de lo laboralmente competitivo y deseado en el mercado. El apoyo en la igualdad formal para derrumbar el sesgo de debilidad como presupuesto de su incapacidad mental y de exclusión tiene un alto precio, dado que oculta sus diferencias para encajar en la etiqueta de la norma masculina. De este modo, la asimilación normativa afianza los estereotipos de género,<sup>22</sup> aceptando que el derecho condena a las mujeres a silenciar u ocultar sus diferencias. Así, el sesgo de debilidad sobre la mujer se mantiene como una barrera para la superación de brechas de género.

Más evidente es el papel del sesgo de debilidad en la aproximación que promueve las diferencias de género centrándose en la vulnerabilidad única de las mujeres. Si bien esta mirada no pretende ocultar las diferencias de género, como ocurre con la aproximación de la igualdad de trato, Radin señala que retrata a la típica mujer culturalmente construida. Es decir, una mujer cooperativa, simpática, no jerarquizada, no agresiva, autosacrificada por la familia (usualmente), no competitiva y encargada de la crianza. Esta caracterización desde el ángulo crítico se

<sup>18</sup> Andrea Dworkin, citada en West, *Género y teoría del derecho*, 121.

<sup>19</sup> *Ibid.*, 122.

<sup>20</sup> Dworkin señala cómo la regulación del matrimonio promueve un estándar de control, uso y función frente al cuerpo femenino. Agrega que la violación sexual entre cónyuges es invisibilizada, porque el acto sexual, más que la voluntad de la mujer, es inherente a la institución marital. Andrea Dworkin, “Abortion”. “Right-Wing Women”. En *Law and Inequality* 1 (1983): 102.

<sup>21</sup> Fraser, *Injusticia interrumpida*, 233.

<sup>22</sup> Lucinda Finley se refiere a la objeción del trato igual entre hombres y mujeres, dado que “inevitablemente acepta las normas masculinas del lugar de trabajo”. Lucinda Finley, “Transcending Equality Theory: A Way Out of the Maternity and the Workplace Debate”. *Columbia Law Review* 86 (1986): 1147.

origina bajo formas de dominación. Por ello, ese sesgo de debilidad inserto en el derecho necesita ser criticado más que ocultado o protegido a fin de ganar un poder y protagonismo con esa agenda.<sup>23</sup> Igualmente, la aproximación es criticada por considerar el embarazo como el fundamento de la “diferencia cognitiva, moral y estética”,<sup>24</sup> que redundante en estigmatizaciones de género, ampliando la brecha de justificaciones y prácticas discriminatorias, pues en la práctica muchas de las limitaciones se amarran al embarazo potencial y a las consecuencias que ello trae.<sup>25</sup>

Ahora bien, la aproximación que enfatiza en la diferencia de género para defender la autonomía individual se distingue de la que promueve la vulnerabilidad única de la mujer. Esta última reconoce las diferencias de género dibujando a una mujer débil e inferior, alineándose con la agenda de las sociedades patriarcales, consiguiendo la estabilización de las barreras entre hombres y mujeres; en consecuencia, apuntalando los tratos marginales y excluyentes contra las mujeres. En contraste, la primera aproximación se apoya en la vulnerabilidad femenina para dismantelar la cortina de humo tejida por el sesgo patriarcal del derecho. La distorsión hace que el derecho desdibuje sus vulnerabilidades, como ocurre con la violación entre cónyuges sin violencia. Con la inclusión de las vulnerabilidades estabilizadas por el derecho, esta aproximación pretende emancipar a las mujeres del constreñimiento y subordinación. Ello supone que las vulnerabilidades femeninas no desaparecen, al ser una herramienta de lucha; el derecho, por su parte, las regula mas no las elimina.

Cada una de las aproximaciones anteriores promueve una agenda de reforma legal ligada al sesgo de debilidad sobre las mujeres, con la que se identifica o ataca. La de igualdad de género se orienta en regulaciones como el derecho al empleo, a la educación y a la política,<sup>26</sup> buscando atacar el sesgo de debilidad mediante su ocultamiento. Para la agenda que promueve las vulnerabilidades peculiares de la mujer, el sesgo patriarcal del derecho, reflejado en normas basadas en la autonomía individual y en la noción abstracta de justicia, puede corregirse.<sup>27</sup> La solución está en un derecho inclusivo de las actitudes de las

<sup>23</sup> Radin, en su objeción al feminismo cultural, compara la mujer culturalmente construida con la estructura de un grupo subordinado, para decir que en los dos casos hay un patrón de dominación que desempodera. Margaret Radin, “Reply: Please Be Careful with Cultural Feminism”. *Stanford Law Review* 45 (1992-1993): 1568.

<sup>24</sup> West, *Género y teoría del derecho*, 100.

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> *Ibid.*, 41.

<sup>27</sup> Turnier, Johnston y Lowery indican que el etos femenino complementaría la estructura masculina del derecho sustancial y procesal, puesto que está dominado por los etos de los derechos y la justicia. De esa forma se conseguiría un derecho más inclusivo. William Turnier, Pamela

mujeres ligadas a su especial vulnerabilidad. Esto redundaría en la preservación de las relaciones, en el cuidado y responsabilidad, consiguiendo transformaciones legales.<sup>28</sup> Esas transmutaciones tendrían lugar en temas como la discriminación y la maternidad, la quiebra, tributación, daños, responsabilidad corporativa y el tratamiento de los pacientes con VIH.<sup>29</sup>

La crítica de género, guiada por las vulnerabilidades femeninas imperceptibles o culturalmente aceptadas por el derecho, exige su regulación. Para los estudios de género, el derecho ha distorsionado las diferencias de género, desdibujando las vulnerabilidades femeninas o estabilizándolas, además de destinarlas a la subordinación. Su objetivo no supone negar sus vulnerabilidades, sino usarlas como una herramienta de lucha para que el derecho las regule. En ese sentido, hay que evaluar la tipificación de conductas como algo “idéntico(s)” a los perjuicios sufridos por los hombres (el acoso sexual como una forma de “discriminación”; la violación como un crimen de “violencia”) o la libertad de reproducción como un derecho a la autonomía de los hombres y no como un derecho a la individuación.<sup>30</sup> Por ejemplo, en la violación, el derecho se orienta en atacar el acceso carnal con violencia, quedándose en silencio ante las violaciones simples o no agravadas entre cónyuges, novios o conocidos.<sup>31</sup>

Para concluir, en las aproximaciones de género, en especial las guiadas por las diferencias como presupuesto de su independencia, la debilidad es usada con la ambición de combatirla. Aunque logran avances legislativos que pueden beneficiar a las mujeres, en ocasiones los estereotipos de género son reforzados mediante tales avances. Es posible que sus logros sean el resultado del énfasis en debilidades inmersas en una cultura patriarcal, que requieren de una mayor visibilización para ser reguladas, como ocurre con la regulación de las vulnerabilidades estabilizadas o silenciadas por el derecho; tal es el caso de la violación entre cónyuges. Las aproximaciones que defienden la particular subjetividad y vulnerabilidad de las mujeres corren el riesgo de alinearse con el sesgo patriarcal del derecho. Por ejemplo, resaltar las diferencias a partir de estados como el embarazo, supone reforzar diferencias de género que son excluyentes. Con todo, el logro de resultados legislativos con apoyo en el sesgo de debilidad sobre las mujeres refleja un doble efecto: el sesgo de debilidad fortalece la agenda de

---

Johnston y David Lowery, “Redistributive Justice and Cultural Feminism”. *The American University Law Review* 45 (1995-1996): 1288.

<sup>28</sup> *Ibid.*, 1293.

<sup>29</sup> *Ibid.*, 1293 y 1288-1289.

<sup>30</sup> West, *Género y teoría del derecho*, 159.

<sup>31</sup> *Ibid.*, 157.

transformación jurídica, pero también las mantiene dependientes del mismo, pues con él consiguen resultados.

Los estudios de género muestran que un sesgo, aun sin corresponder a la realidad, puede tener efectos legales. El derecho le imprime a ese sesgo un sentido legal traducido en una identidad jurídica. Precisamente, las aproximaciones de género pretenden cuestionar la adopción distorsionada que el derecho hace de la realidad de un sujeto. Las feministas argumentan que el sesgo patriarcal del derecho las caricaturiza, distorsiona y trivializa,<sup>32</sup> con la carga de mantenerse subordinadas a lo que los hombres creen que pueden hacer y hasta decir.<sup>33</sup> La adopción distorsionada que hace el derecho de las diferencias de género prescribe su constreñimiento, justificando la distribución asimétrica de poder con una carga negativa para ellas. Muy seguramente, si el derecho no asumiera a las mujeres como débiles en relación con los hombres, el feminismo tendría otra agenda porque el derecho impondría un marco con otro sentido.

#### LA TEORÍA *QUEER* Y LA MULTIPLICIDAD DE IDENTIDADES

La teoría *queer* es útil para comprender cómo un inversionista extranjero puede tener una doble identidad, esto es, la influenciada por el sesgo de debilidad y la de fortaleza. La teoría *queer* critica la forma tradicional como los estudios feministas han construido la identidad del sujeto alrededor del género y la sexualidad.<sup>34</sup> La crítica de esa teoría a los estudios de género está sustentada en el énfasis que tiene en las identidades construidas y consolidadas. Según la aproximación *queer*, los estudios feministas, o de lesbianas o *gays*, categorizan al individuo, reglando la sexualidad.<sup>35</sup> Asimismo, cuestiona las restricciones de los estudios feministas frente a la dicotomía género/sexualidad, pues se limitan a proyectar a la mujer en una relación de subordinación hacia el hombre, derivándose de ello una relación de poder con una distribución adversa para las mujeres.<sup>36</sup> Además, critica las posturas feministas que enmarcan la sexualidad como una fuente de riesgo y de opresión para las mujeres, prefiriendo ocultar el erotismo o la pasión femenina.<sup>37</sup>

<sup>32</sup> Adrienne Rich, *On Lies Secrets and Silence: Selected Prose, 1966-1978* (Nueva York: W.W. Norton & Company, 1979), 14.

<sup>33</sup> *Ibid.*, 78-82.

<sup>34</sup> Ian Halley, "Queer Theory by Men". *Duke Journal of Gender Law & Policy* 11, n.º 7 (2004): 283.

<sup>35</sup> Laurie Rose Kepros, "Queer Theory: Weed or Seed in the Garden of Legal Theory". *Law & Sexuality* 9 (1999-2000), 851.

<sup>36</sup> Joan Scott, citada en Kepros, "Queer Theory", 853.

<sup>37</sup> Katherine Franke señala que es tiempo de que las feministas reclamen el cuerpo como un espacio de placer erótico y de intimidad. Citada en Kepros, "Queer Theory", 855. Véase, además: Brenda

La teoría *queer* se opone a los esencialismos en la identidad sexual que proponen los estudios sobre *gays*, lesbianas o de feministas.<sup>38</sup> Rechaza los roles identitarios definidos como consecuencia de la perspectiva heteronormativa, alimentada por la visión binaria entre hombre y mujer. Entonces, propone tratar a la sexualidad como producto de la intersección cultural y de eventos históricos, como algo no solo dado sino performativo.<sup>39</sup> En esa línea, Cosmman sugiere que la teoría *queer* se enfoca en una política mucho más liberatoria que el feminismo, con la cual busca desestabilizar la regulación disciplinaria de la sexualidad. Con ello buscaría revelar las inestabilidades y ambigüedades en la constitución de la subjetividad identitaria,<sup>40</sup> dando espacio a la multiplicidad de identidades.<sup>41</sup>

El marco de referencia de la teoría *queer* es valioso porque abre la puerta a la multiplicidad de identidades que puede tener un inversionista extranjero. Esa comprensión se apoya en la apuesta de esa teoría por desestabilizar la visión heteronormativa del feminismo, basada en las categorías de hombre y mujer como definitorias de una identidad sexual y de género. Con ello busca liberar a los individuos de identidades planas que son restrictivas o limitadoras. En el caso del inversionista extranjero, este puede tener la identidad del sesgo de debilidad y de fortaleza. Ambas pueden interactuar y responder a un proceso de moldeamiento performativo. Eso significa que no son del todo antagónicas, ambas identidades coinciden en la determinación del estatus privilegiado de ese individuo, pero se diferencian en los fundamentos que soportan ese estatus. Desde el sesgo de fortaleza las corporaciones son actores globales, económicamente poderosos, con la capacidad de representar grandes beneficios potenciales para los Estados. Por ello hay que regularlas benévolamente con el fin de atraer su inversión. Desde el sesgo de debilidad, la identidad del inversionista se construye alrededor de su aparente debilidad, disponiendo la creación de derechos con exclusión de obligaciones internacionales, debido a la incompatibilidad de estas últimas frente a las prescripciones del sesgo.

## CONCLUSIONES

Las aproximaciones de género muestran que el derecho no es neutro, en consecuencia no percibe a todos los sujetos con el mismo lente. El derecho adopta las experiencias y perspectivas sobre sujetos e instituciones para afianzar o cons-

---

Cosmman, "Sexuality, Queer Theory, and 'Feminism After': Reading and Rereading the Sexual Subject". *McGill Law Journal* 49 (2004): 851.

<sup>38</sup> Cosmman, "Sexuality, Queer Theory, and 'Feminism After'", 865.

<sup>39</sup> Kepros, "Queer Theory", 282 y 290.

<sup>40</sup> Cosmman, "Sexuality, Queer Theory, and 'Feminism After'", 852 y 865.

<sup>41</sup> Kepros, "Queer Theory", 282.

truir identidades mediante un lenguaje de poder. Como herramienta normativa incorpora el sesgo sobre algún sujeto y moldea su identidad, y por ende un estatus de poder. Con el marco regulatorio y el lenguaje para su modelación, emancipa, privilegia o constriñe a ciertos individuos.

Las aproximaciones a los estudios de género permiten describir el concepto del sesgo de debilidad. Las distintas miradas pretenden cuestionar el sesgo de debilidad que el derecho ha perpetuado. En general, las posturas analizadas consideran que el sesgo patriarcal del derecho ha distorsionado las diferencias de género. Con todo, el logro de resultados legislativos con apoyo en el sesgo de debilidad refleja un doble efecto: el sesgo las fortalece en su agenda legislativa, pero también las conserva dependientes del mismo para efectos de conseguir resultados. Finalmente, la teoría *queer* complementa la aproximación al sesgo de debilidad expuesto a partir de los estudios de género. Esta teoría permite comprender la multiplicidad de identidades que puede recaer en un sujeto. De este modo, el inversionista puede ser estudiado desde el sesgo de debilidad o de fortaleza, ambos están a su favor.



## EL SESGO DE DEBILIDAD EN DOS ESTUDIOS DE CASO

### INTRODUCCIÓN

El capítulo anterior estudió la noción del sesgo de debilidad mediante las aproximaciones de género. Ello facilitó la comprensión del sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero en el derecho internacional económico. Por su parte, este capítulo expone dos estudios de caso para ampliar la comprensión de la operación del sesgo de debilidad en la práctica.

Con el primer estudio de caso, el texto explora las medidas de ajuste estructural tomadas por el Fondo Monetario Internacional sobre Estados que se asumen como incapaces de superar por sí solos sus desequilibrios económicos. Mediante estas medidas, los organismos internacionales especializados prescriben la forma como los Estados en desarrollo dirigen su política macroeconómica. Así, cuestionan su capacidad decisoria para elegir su propio rumbo. Esta intervención, justificada en la necesidad de devolverle a un país su viabilidad, incorpora estructuras paternalistas, proyectando la incapacidad de los Estados intervenidos de ser mentores de su propia recuperación. Con el fin de rastrear el lenguaje del FMI a la luz de tal sesgo, se estudian los informes de esta organización entre 1989 y 1994. En segundo lugar, se estudian los informes sobre Eritrea, un Estado muy pobre y con una grave deuda, que buscaba ser beneficiado con un alivio en sus obligaciones externas.

Para el segundo estudio de caso, la investigación gira hacia los grupos indígenas. El capítulo se remite a las voces externas a las comunidades indígenas, aliadas con el sesgo de debilidad que recae sobre ellas, particularmente en lo que se refiere a los vínculos entre los territorios ancestrales y dicho sesgo, bajo el lente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este tribunal, con su poder sancionatorio sobre los Estados, le confiere alcances internacionales al sesgo de debilidad, requiriendo a los Estados para que actúen en correspondencia con las debilidades que persiguen a las comunidades indígenas. Con esa agenda activista, la Corte perpetúa el sesgo de debilidad a favor de las comunidades indígenas, consiguiendo su inclusión legal, más que su opresión.

CASO 1. EL SESGO DE DEBILIDAD SOBRE LOS ESTADOS EN DESARROLLO  
PROMOVIDO POR EL FONDO MONETARIO INTERNACIONAL

Las medidas de ajuste estructural tomadas por organizaciones internacionales, como el FMI y el Banco Mundial, han sido aplicadas desde la década de los ochenta, con énfasis en los noventa, bajo el Consenso de Washington sobre los países con desequilibrios macro y microeconómicos.<sup>1</sup> En los tiempos de crisis, estas organizaciones se muestran como agentes externos necesarios para aliviar los problemas de los Estados incapaces de responder por ellos mismos a sus inconvenientes. De tal modo, estas organizaciones justifican la asistencia técnico-financiera con la fragilidad de dichos países. Así, el sesgo de debilidad que construyen sobre estos Estados apunta el papel de salvavidas atribuido a estas organizaciones y las medidas adoptadas por ellas. El derecho es la plataforma para aplicar el programa de ajuste, lo que propicia el mantenimiento de ese sesgo de debilidad sobre los Estados en desarrollo.

Antes de desarrollar el sesgo de debilidad que las instituciones financieras construyen respecto a los Estados en desarrollo, es preciso retroceder en el tiempo. La conexión entre debilidad y política para el desarrollo, así como la relación de dependencia entre un Estado u organización territorial calificada como incapaz de autogobernarse y un agente externo con capacidad de resolver lo que el pez pequeño no ha podido, viene desde el colonialismo en el siglo XIX.<sup>2</sup> El control de las naciones europeas sobre los territorios colonizados se justificó bajo argumentos paternalistas.<sup>3</sup> Con ellos se sugería el deber moral que tenían las naciones más avanzadas de emplear sus fortalezas y ventajas para el bien de la humanidad.<sup>4</sup> También se argumentó el deber que tenían las sociedades civilizadas de iluminar el desarrollo de las sociedades jóvenes, dado que estas carecían de los medios, conocimientos y madurez para conseguirlo por ellas mismas.<sup>5</sup> Para el siglo XX, con la Sociedad de las Naciones, la intervención sobre

<sup>1</sup> Antony Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law* (Nueva York: Cambridge University Press, 2005), 245-246.

<sup>2</sup> *Ibid.*, 33 y 65.

<sup>3</sup> *Ibid.*, 120.

<sup>4</sup> “La colonización no es una cuestión de interés, sino una cuestión de obligación. Es necesario colonizar porque hay una obligación moral para las naciones e individuos de emplear las fortalezas y ventajas, que ellos han recibido de la Providencia para el bien general de la humanidad”. Charles Gide, citado en Gilbert Rist, *The History of Development: From Western Origins to Global Faith*, 3ª ed. (Londres y Nueva York: Zed Books, 2008), 55 (traducción libre).

<sup>5</sup> “La colonización es una de las funciones superiores de las sociedades que han alcanzado una etapa avanzada de civilización [...] El mérito de los colonizadores es colocar a una sociedad joven en las condiciones más adecuadas para el desarrollo de sus facultades naturales, facilitar su camino sin obstaculizar su iniciativa, brindarle los medios e instrumentos necesarios o útiles para su crecimiento”. Leroy-Beaulieu, citado *Ibid.*, 54 (traducción libre).

los territorios recientemente descolonizados se hizo con la figura del mandato,<sup>6</sup> justificado en la incapacidad de autogobierno de los territorios recientemente independizados en relación con los poderes imperiales.<sup>7</sup>

Los argumentos para justificar la intervención en las sociedades jóvenes durante el período colonial y postcolonial guardan cierta relación con los esgrimidos por las organizaciones financieras. En ambas situaciones se justifica una subordinación con respaldo en una idea de incapacidad asociada con una falta de experiencia de una sociedad. Se trata, entonces, de una sabiduría peculiar y exclusiva a una sociedad u organización, que debe transmitirse porque es impulsora de progreso; por lo tanto, merecedora de una exaltación, así como de su incorporación por otras naciones. De este modo, en el colonialismo, la subordinación se sustentó en el deber moral de apoyar el progreso de una sociedad joven e incapaz de alinearse por sí misma con el modelo de una sociedad civilizada. Por su parte, las organizaciones financieras, como el FMI, sustentan su intervención en los Estados en desarrollo con la persistente incapacidad de estos para recuperar y conservar el equilibrio de sus economías y cumplir con los compromisos de deuda externa.

Un buen marco para comenzar a explorar el sesgo de debilidad que el FMI promueve sobre los Estados en desarrollo son los informes anuales del mismo, comprendidos entre 1989 y 1995. Aunque los planes de ajuste estructural tienen registro en los ochenta, los Estados en desarrollo sintieron con más poder la aplicación de medidas neoliberales en los noventa con el Consenso de Washington.<sup>8</sup> A continuación se usarán tres posibilidades formuladas a partir de los informes mencionados. Asimismo, se recurre a los informes elaborados bajo el artículo IV del Convenio Constitutivo del Fondo sobre Eritrea, y se hace énfasis en el cumplimiento de unos requisitos para efectos de brindarle un alivio en “su insostenible deuda”. Estos informes anuales pretenden reunir los datos necesarios de la situación económica y financiera de los países miembros, y

<sup>6</sup> *Ibid.*, 59; Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, 116.

<sup>7</sup> Al respecto, el artículo 22 del Pacto de la Liga de las Naciones dispuso: “Para estas colonias y territorios que en consecuencia de una guerra dilatada han cesado de estar bajo la soberanía de los Estados que formalmente los gobernaron, y son habitados por personas que todavía no son capaces de mantenerse bajo las complejas condiciones del mundo moderno, les será aplicado el principio del bienestar y desarrollo como un deber sagrado de la civilización y de garantías para el desempeño de este mandato, que deberán ser incorporados en esta Convención”. *Ibid.*, 59-60 (traducción libre).

<sup>8</sup> Richard Peet y Elaine Hartwick, *Theories of Development: Contentions, Arguments, Alternatives*, 2ª ed. (Londres y Nueva York: The Guilford Press, 2009), 84-85.

consideran el desarrollo económico y las políticas de cada uno, incluyendo sus implicaciones internacionales.<sup>9</sup>

### El sesgo de debilidad en los informes del FMI

Las medidas de ajuste estructural lideradas por el FMI reciben críticas por sus perversos impactos.<sup>10</sup> El FMI facilita los recursos con una *condicionalidad* que requiere la implantación del ajuste económico bajo los objetivos de la institución.<sup>11</sup> La consecución de esos fines viene acompañada de desajustes internos, que afectan el disfrute de los derechos humanos, las condiciones laborales, los índices de empleo, entre otros.<sup>12</sup> Pese a esos impactos y al cuestionamiento que sufre el rol jugado por las organizaciones internacionales,<sup>13</sup> el FMI, con los

<sup>9</sup> Fondo Monetario Internacional, Informe Anual del Directorio Ejecutivo correspondiente al ejercicio cerrado, Washington, 1989, 12. Véase también a Bichsel refiriéndose al rechazo de Suiza en 1993 de rendir un informe al FMI bajo las condiciones del artículo IV. Anne Bichsel, “The World Bank and the International Monetary Fund From the Perspective of the Executive Directors from Developing Countries”. *Journal of World Trade* 28, n.º 6 (1994): 159.

<sup>10</sup> En general, las medidas de ajuste estructural se concentran en la reducción del gasto del gobierno, liberalización de la economía, privatización de los activos públicos y devaluación. Las medidas de carácter macroeconómico están dirigidas a “estabilizar el precio y el equilibrio sostenido tanto interno como externo”. En el campo microeconómico, las medidas se orientan a la realización de reformas tributarias, la reducción del gasto público mediante la contención de salarios y el empleo del sector público, la reducción de las subvenciones y la disminución de la transferencia a las empresas públicas. Asimismo, la adopción de una política cambiaria flexible, de privatización, la disminución de subvenciones o subsidios, entre otras. Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, 259. Véase también a Skogly, quien explora la relación entre desarrollo, derechos humanos y programas de ajuste estructural del FMI y del BM. Sigrun Skogly, “Structural Adjustment and Development: Human Rights—An Agenda for Change”. *Human Rights Quarterly* 15 (1993): 751-778; Fondo Monetario Internacional, Informe Anual del Directorio Ejecutivo, 1990, 23. Véase también: Bichsel, quien relaciona las respuestas de los directores ejecutivos del FMI para los Estados en desarrollo, en relación con el rol y funcionamiento de tal institución en los Estados en desarrollo, y hace énfasis en los programas de ajuste estructural. Bichsel, “The World Bank and The International Monetary Fund”, 144.

Véase, además: Dooka y Gama, quienes estudian la estructura de funcionamiento del FMI y del BM, así como sus relaciones de cooperación. Tshepo Dooka y Joaquim de Gama, “A Tale of Two Institutions: The World Bank, the International Monetary Fund, and the Developing World”. *South African Mercantile Law Journal* 14 (2002): 713-714.

<sup>11</sup> Bichsel, “The World Bank and The International Monetary Fund”, 144.

Véase también: Roza, quien retrata la condicionalidad estructural del FMI al facilitar un crédito y analiza los impactos en Brasil. Ednei Roza, “The IMF and the Effects of Structural Conditionalities in Brazil: What is About to Happen?”. *Law and Business Review of the Americas* 14 (2008): 347-358.

<sup>12</sup> Véase: Lawrence Summers y Lant Pritchett, quienes señalan cuatro críticas a los programas de ajuste estructural liderados por el FMI, entre ellos su ausencia de sentido humanitario y exceso de austeridad. Lawrence Summers y Lant Pritchett, “The Structural-Adjustment Debate”. *Economic Development Recent Lessons* 83, n.º 2 (1993): 385-388.

Véase también: Anghie, quien se refiere a los impactos de los programas de ajuste del FMI y el BM en aspectos sociales y en los derechos de las mujeres. Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, 258-259.

<sup>13</sup> Estos impactos minan la legitimidad que respalda a las organizaciones internacionales para hacer lo que los Estados no pueden o no tendrían mucho interés en hacer, lo que facilita, por ejemplo, el monitoreo de las violaciones a los derechos humanos al proporcionar préstamos para proyectos de desarrollo, y son incluso epicentros de discusión de agendas globales. Jan Klabbbers, “Two Concepts of International Organization”. *International Organizations Law Review* 2 (2005): 289, 283 y 279.

programas de ajuste estructural, respalda su papel interventor en los Estados en desarrollo, debido a su incapacidad para ser gestores de su propio desarrollo. En ese sentido, el lenguaje usado por el FMI al diagnosticar la situación de tales Estados no pretende propiciar su autosuficiencia a corto plazo, precisamente porque la legitimidad del FMI para condicionar la política económica de estos países está ligada a visibilizar su carencia de autosuficiencia. Para ese fin, el uso de variables macroeconómicas que miden la estabilidad económica de un país es una gran herramienta de perpetuación del sesgo de debilidad que recae sobre estos países. A continuación se estudian tres variables alrededor del sesgo de debilidad que pueden identificarse en los informes.

*La persistente debilidad de los Estados en desarrollo con problemas en la deuda*

Los países en desarrollo con problemas en la deuda, que experimentaron en los ochenta un alto endeudamiento, fueron presionados drásticamente para adoptar el programa de ajuste estructural. En este sentido, el FMI era escéptico en las perspectivas de crecimiento de estos países si no condicionaban su política económica a un fuerte programa de ajuste estructural, indicando las medidas por adoptar. Al respecto, el Informe del FMI de 1989 destaca:

Las perspectivas de crecimiento de los países en desarrollo con problemas de servicio en la deuda son inciertas y, por tanto, es *imperioso* que adopten políticas internas que estimulen la inversión productiva [...]. La reducción de la deuda externa, unida a la adopción de una *rigurosa* política de ajuste, permitiría que estos países reanudaran su crecimiento[...].<sup>14</sup> Sus políticas macroeconómicas deben incrementar el ahorro interno, reducir la inflación y fomentar la formación de capital y el crecimiento a largo plazo, y sus políticas estructurales deben promover una asignación más eficiente de los recursos y un crecimiento sostenible a mediano plazo [...]. La liberalización del régimen de las inversiones y la repatriación del capital fugado serían valiosos complementos.<sup>15</sup> (cursiva fuera del texto)

Asimismo, el informe en cita sugiere la falta de disciplina y capacidad de estos Estados para conseguir una política económica estable:

El ajuste no ha sido *suficientemente firme ni sostenido* en muchos de ellos, y se ha visto dificultado por el *deterioro* de la relación de intercambio, la *persistencia* del proteccionismo, los *reiterados* aumentos de los tipos de interés internacionales y la *incertidumbre* que rodea el apoyo financiero externo.<sup>16</sup> (cursiva fuera del texto)

<sup>14</sup> Fondo Monetario Internacional, “Informe Anual del Directorio Ejecutivo”, 17.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> *Ibid.*, 28.

En 1994, esta organización internacional hizo énfasis en el sesgo de debilidad de los países en desarrollo más pobres y endeudados, resaltando sus posibilidades limitadas para responder, ante la magnitud de la deuda, con sus compromisos. Hizo hincapié en la fuerte dependencia de estos países en el capital oficial y en la necesidad de aplicar ajustes estructurales:

Muchos países siguen viéndose confrontados con una *situación de endeudamiento sumamente difícil* que requiere atención directa por parte de la comunidad internacional y de los propios países deudores. Para estos países —los más pobres en particular— [...], *inevitablemente [...] seguirán dependiendo muchísimo* del financiamiento oficial proveniente de fuentes bilaterales y multilaterales. Para que las perspectivas de estos países mejoren significativamente, será necesario aplicar *enérgicos programas de ajuste*.<sup>17</sup> (cursiva fuera del texto)

En relación con el control y monitoreo del FMI sobre países pobres con una gran carga en la deuda y problemas en la balanza de pagos, el FMI consiente en girar recursos, manteniendo una condicionalidad prolongada. El Informe Anual de 1995 indicó:

La mejor forma en que el FMI podría ofrecerles ayuda es manteniendo la disponibilidad de los recursos del SRAE<sup>18</sup> en las condiciones actuales. Ello permitiría al FMI adecuar mejor su financiamiento a la situación particular de cada país miembro y mantener la condicionalidad y el seguimiento de las políticas de los países miembros durante períodos que podrían ser *prolongados*.<sup>19</sup> (cursiva fuera del texto)

Con respecto a los Estados en desarrollo sin un buen desempeño, el FMI insinúa que su estancamiento es producto de su apatía al plan de ajuste. Entonces, condiciona su desarrollo a esas políticas: “En Camerún, Liberia, Somalia, Sudán y Zaire, por ejemplo, la situación económica se deterioró en 1990, debido en parte a que las autoridades *no llegaron a poner en marcha las necesarias* medidas de estabilización y reformas estructurales”. (cursiva fuera del texto)<sup>20</sup>

<sup>17</sup> Fondo Monetario Internacional, “Informe Anual del Directorio Ejecutivo”, 1994, 132.

<sup>18</sup> Servicio de Ajuste Estructural (SAE) y Servicio Reforzado de Ajuste Estructural (SRAE). Ambos son formas de respaldo financiero prestadas por el FMI en condiciones concesionarias a países miembros de bajo ingreso. Fondo Monetario Internacional, “Informe Anual del Directorio Ejecutivo”, 1992, 88.

<sup>19</sup> Fondo Monetario Internacional, “Informe Anual del Directorio Ejecutivo”, 1995, 39.

<sup>20</sup> Fondo Monetario Internacional, “Informe Anual del Directorio Ejecutivo”, 1991, 8.

*El FMI como agente determinante de las decisiones de los Estados en desarrollo*

El FMI, en sus informes relacionados con la Consulta al Artículo IV del Convenio Constitutivo del Fondo,<sup>21</sup> al referirse a los Estados en desarrollo por fuera del contexto del análisis de la deuda, destaca sus progresos debido a la aplicación de las reformas lideradas por el FMI:

Por lo tanto, el directorio ponderó el considerable progreso realizado en 1988 por un gran número de países en desarrollo —y entre ellos muchos países africanos— que han puesto en marcha importantes programas de reforma estructural y financiera [...] Muchos países orientaron sus políticas de ajuste hacia una gestión más eficiente de los recursos públicos y la promoción de la actividad en el sector privado.<sup>22</sup>

En el Informe de 1990, el FMI alertó sobre los riesgos de los Estados por desviar la aplicación de los programas de estabilización, y mantuvo economías centralmente planificadas o con un fuerte rol interventor del Estado en oposición a una economía de mercado:

En 1989, en la medida en que varios países de alta inflación continuaron aplicando políticas fiscales y monetarias demasiado expansionistas, la situación fiscal *empeoró notablemente* y la expansión monetaria se aceleró en Brasil, y también en Argentina, después de una breve mejoría. En Yugoslavia y Polonia, la expansión irrestricta del crédito ocasionó rápidos aumentos de salarios y precios. Estas *desviaciones* en la aplicación de los programas de estabilización *obstaculizaron enormemente* la reactivación del crecimiento sostenido.<sup>23</sup> (cursiva fuera del texto)

Este organismo reconoce los logros y esfuerzos de los Estados en desarrollo en su política macroeconómica, destacando que son el resultado de su alineación con las políticas del FMI. Aunque sugiere que los resultados no son suficientes, tal parece que un compromiso contundente con las políticas del Fondo es la fórmula para un óptimo crecimiento. Para el Informe de 1991, los “directores elogiaron la continua aplicación, por parte de muchos países en desarrollo, de políticas monetarias y fiscales prudentes, con frecuencia combinadas con profundas reformas estructurales y financieras”. No obstante, el FMI agregó los graves problemas de estos Estados: limitados recursos, elevadas tasas de creci-

<sup>21</sup> Las consultas del Fondo realizadas con fundamento en el artículo IV del Convenio Constitutivo del Fondo pretenden reunir los datos necesarios de la situación económica y financiera de los países miembros. Fondo Monetario Internacional, “Informe Anual del Directorio Ejecutivo”, 1989, 12.

<sup>22</sup> *Ibid.*, 17.

<sup>23</sup> Fondo Monetario Internacional, “Informe Anual del Directorio Ejecutivo”, 1990, 6.

miento demográfico y un entorno mundial económico y financiero cada vez más competitivo.<sup>24</sup> Por ello, era preciso en muchos países introducir reformas con más “decisión y de manera más coherente”.<sup>25</sup>

Para el Informe de 1993, el FMI reafirmó las bondades de sus programas de ajuste estructural guiados por la liberalización y racionalización. Asimismo, al visibilizar su papel sugiere la pertinencia de continuar con los programas de ajuste estructural como la única alternativa, además irrenunciable.<sup>26</sup> Finalmente, el FMI afianza su intervención en la política económica de los Estados en desarrollo al mostrarse como un *think tank* depositario de un conocimiento especializado. Por esa razón, es esencial propiciarle esa experticia a un sujeto que no tiene la capacidad de asumirla por sus bajos ingresos y precarias condiciones:

En general, las medidas de ajuste estructural entrañan ajustes más complejos que el financiamiento habitual de la balanza de pagos, y es posible que requieran un nivel de formación y experiencia del que en muchos casos carecen los países en desarrollo.<sup>27</sup>

#### *La pobreza como un factor de debilidad de los Estados en desarrollo*

El programa de ajuste y reformas estructurales liderado por el FMI implica la transición de una economía centralmente planificada a una de mercado. Esto trae consecuencias negativas en el ingreso y recortes al gasto del sector público. Tales son los casos del Perú o el proceso de transición del comunismo al capitalismo en la antigua Unión Soviética.<sup>28</sup> El Fondo interpreta esos desajustes como connaturales al período de transición, al ser las “redes de protección social”<sup>29</sup> una alternativa para afrontar esos efectos. También los asume como la incapacidad de los Estados de saltar de una economía centralizada inflexible y con exceso de regulaciones hacia un libre mercado. En cualquiera de los dos casos, los Estados en desarrollo son incapaces de contener por sí solos los retos y repercusiones de una economía de mercado. El problema, según el FMI, no es la política de ajuste y reforma estructural, pues son la mejor alternativa para estos

<sup>24</sup> Fondo Monetario Internacional, “Informe Anual del Directorio Ejecutivo”, 1991, 27.

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> “En los últimos años, muchos países en desarrollo han adoptado una política comercial encaminada a liberalizar y racionalizar sus regímenes cambiarios y comerciales como parte de programas globales macroeconómicos y de ajuste estructural, respaldados a menudo por recursos del FMI y del Banco Mundial. Este objetivo ha llevado frecuentemente a la reducción o eliminación gradual de las restricciones cuantitativas al comercio y a su sustitución por aranceles, así como a la disminución del nivel y la dispersión de estos últimos”. Fondo Monetario Internacional, “Informe Anual del Directorio Ejecutivo”, 1993, 16.

<sup>27</sup> Fondo Monetario Internacional, “Informe Anual del Directorio Ejecutivo”, 1991, 63.

<sup>28</sup> William Easterly, *The White Man's Burden* (Nueva York: The Penguin Press, 2006), 101.

<sup>29</sup> Fondo Monetario Internacional, “Informe Anual del Directorio Ejecutivo”, 1995, 27.

Estados,<sup>30</sup> sino sus problemas de pobreza articulados con sus limitadas capacidades para cumplir las políticas de ajuste.<sup>31</sup>

El Perú es un excelente caso para entender el funcionamiento del plan de ajuste del FMI y el papel desempeñado por el sesgo de debilidad que recae en los Estados en desarrollo. La llegada de Fujimori al poder en 1990 implicó la implementación de fuertes medidas neoliberales conocidas como el *fujishock*, con el fin de estabilizar la política macroeconómica.<sup>32</sup> La fuerte crisis económica del Perú fue conjurada con apoyo externo de instituciones como el FMI, como consecuencia de su alto endeudamiento externo, la suspensión en el pago de la deuda, el consumo de reservas internacionales e hiperinflación. Los niveles de vida se estancaron, pese a que Fujimori logró en corto tiempo estabilizar la política macroeconómica y reinsertarse a la comunidad internacional recuperando la confianza crediticia. La implementación del modelo neoliberal afectó en su etapa inicial a las industrias nacionales, que no estaban preparadas para competir de forma desregulada con el mercado externo. Asimismo, el neoliberalismo trajo el desmonte a las subvenciones sobre ciertos insumos, lo que aumentó los costos de producción, la flexibilización laboral, el desempleo, la pobreza y los recortes en el gasto público, incidiendo en la ayuda social de emergencia.<sup>33</sup>

Estos aspectos perversos de las políticas de ajuste y reforma estructural no son el eje central de revisión del FMI. Este organismo verifica la aplicación de las políticas de austeridad como parte de los compromisos internacionales que estabilizan las variables macroeconómicas.<sup>34</sup> Un Estado que aplica las medidas de ajuste conserva buenas relaciones con el FMI, por ende un buen historial

<sup>30</sup> Fondo Monetario Internacional, “Informe Anual del Directorio Ejecutivo”, 1994, 26.

<sup>31</sup> *Ibid.*, 22.

<sup>32</sup> Para consultar la estabilización de la política macroeconómica del Perú en el Gobierno de Fujimori, así como sus impactos, véase: Julio Velarde, “Macroeconomic Stability and the Prospects for Growth, 1990-1995”, en *Peru in Crisis: Dictatorship or Democracy?*, editado por Joseph Tulchin y Gary Bland (Washington: Woodrow Wilson Center Current Studies on Latin America-Lynne Rienner Publishers, 1994); Kenneth Roberts, “Neoliberalism and the Transformation of Populism in Latin America: The Peruvian Case”, *World Politics* 48, n.º 1 (1996): 82-116; Yusuke Murakami, *Perú en la era del chino: La política no institucionalizada y el pueblo en busca de un salvador* (Lima: Instituto de Estudios Peruanos-Center for Integrated Area Studies-Kyoto University, 2012); Carol Wise, “Against the Odds: The Paradoxes of Peru’s Economic Recovery in the 1990s”, en *The Fujimori Legacy: The Rise of Electoral Authoritarianism in Peru*, editado por Julio Carrión (Washington: Pennsylvania State University Press, 2006); Jo-Marie Burt, *Violencia y autoritarismo en el Perú: Bajo la sombra de Sendero y la dictadura de Fujimori* (Lima: Instituto de Estudios Peruanos (IEP)-SER-Equipo Peruano de Antropología Forense (EPAF), 2011); Luis Abugattas, “Estabilización, reforma estructural y desempeño industrial”, en *El Perú de Fujimori: 1990-1998*, editado por John Crabtree y Jim Thomas (Lima: Universidad del Pacífico-IEP, 1999).

<sup>33</sup> Abugattas, “Estabilización, reforma estructural y desempeño industrial”, 121.

<sup>34</sup> Fondo Monetario Internacional, “Informe Anual del Directorio Ejecutivo”, 1994, 131.

para financiar o reprogramar el pago de la deuda,<sup>35</sup> o cierta condonación de la misma. Así, la solución a los problemas de la pobreza es importante pero no prioritaria. La pobreza reduce la disponibilidad de recursos públicos, ya que limita el crecimiento homogéneo de una sociedad. Luego es un factor que propicia la dependencia de los Estados en desarrollo sobre agentes externos. La pobreza como flagelo, bajo el lente de los agentes externos, influye en la suerte de un Estado. Ella se suma para mantener una dependencia vertical, porque cataloga a los Estados en desarrollo como sujetos incapaces de escapar a su propia suerte y ser los gestores de su desarrollo.

Si se consideran los informes del FMI, esta organización construye el sesgo de debilidad sobre los Estados en desarrollo alrededor de su incapacidad para afrontar por sí solos la solución a sus problemas económicos. Las palabras resaltadas son descriptores para perpetuar la dependencia vertical de estos Estados, tanto en los casos de mal desempeño (estancamiento), como en los de problemas graves con la deuda. El afianzamiento del sesgo de debilidad se consigue con los planes de ajuste estructural, como canales idóneos para mantener la pertinencia de ese sesgo, y la subordinación. Así, el sesgo de debilidad se construye y mantiene considerando que:

- La puesta en marcha del plan de ajuste debe ser mediada por el FMI, porque los Estados en desarrollo carecen de los conocimientos necesarios para ello.
- El estancamiento de un Estado es medido en términos de si adopta o no el plan de ajuste. El FMI difunde el plan como una herramienta de solución a los problemas económicos de un Estado. Esa solución vendrá siempre que el Estado aplique en su integridad lo dispuesto por el plan. En general, los Estados en desarrollo bajo la mirada del FMI son incapaces de cumplir con la totalidad de las condiciones impuestas por el FMI, y eso justifica la prolongación de su dependencia.
- En el caso de los Estados en desarrollo muy pobres y con problemas graves en la deuda, se refuerza el sesgo de debilidad. El FMI califica como “remota” su capacidad para conseguir financiación privada, por eso de forma “inevitable” seguirán “dependiendo muchísimo” del financiamiento oficial. Con ello, la dependencia vertical se prolonga.

<sup>35</sup> El FMI, al tiempo que condiciona el crédito al cumplimiento de un conjunto de requisitos, también asegura que el Estado beneficiado reembolse el crédito concedido. Como entidad financiera que es, el FMI asegura su viabilidad con el reembolso del crédito. Para este fin, en muchos casos los créditos concedidos deben ser refinanciados, tal como pasó con Ecuador y Pakistán. Easterly, *The White Man's Burden*, 213, 214 y 227.

- El derecho es la herramienta idónea para moldear las reformas estructurales. En consecuencia, es el filtro para controlar y monitorear a ese Estado incapaz de cumplir con el paquete de condiciones impuestas por el FMI.
- La pobreza mantiene el sesgo de debilidad que recae en los Estados en desarrollo. Esta variable asociada con la ineficacia institucional se suma a la incapacidad que tienen los Estados en desarrollo de cumplir con las condiciones del programa de ajuste, afianzando el sesgo de debilidad sobre ellos y, por lo tanto, su dependencia.

### **El alivio en la deuda de Eritrea: un país pobre con una “insostenible deuda”**

El FMI promueve los planes de alivio en la deuda en los países muy pobres y muy endeudados, con lo que busca un poder de control más allá de la estabilización de la política monetaria en los Estados en desarrollo. En 1996, esta organización creó, en conjunto con el Banco Mundial, el instrumento de “alivio de la deuda en el marco de la iniciativa para los Países Pobres Muy Endeudados” (PPME), con el objetivo de reducir su deuda y garantizar que ningún país pobre “soporte una carga en la deuda que no pueda manejar”.<sup>36</sup> Esta iniciativa adquiere sentido por el sesgo de debilidad sobre estos Estados, tal como ocurre con Eritrea. Precisamente, el alivio en la deuda se condiciona al cumplimiento de unos requisitos, aplicados exclusivamente a Estados con un endeudamiento insostenible y una pobreza abrumadora.

En la práctica, la posibilidad de conseguir un alivio en la deuda para un PPME está comprendida por fases. La primera se denomina “punto de decisión”, en esta el FMI mide el nivel de vulnerabilidad de estos Estados. En consecuencia, mide sus posibilidades de cumplir con cuatro condiciones que los habilitan para ingresar al grupo de Estados beneficiados con el alivio. La primera condición consiste en reunir los requisitos para recibir el financiamiento de “la Asociación Internacional de Fomento del Banco Mundial, que ofrece préstamos sin interés y donaciones a los países más pobres del mundo y del Fondo Fiduciario para el Crecimiento y la Lucha contra la Pobreza del FMI, que otorga préstamos

<sup>36</sup> Fondo Monetario Internacional, Alivio de la deuda en el marco de la iniciativa para los Países Pobres Muy Endeudados (PPME).

Esta iniciativa se concentra en un apoyo a la deuda externa de la comunidad internacional para los países pobres y muy endeudados, con inclusión de las instituciones multilaterales y los gobiernos. En 2005, la iniciativa de alivio en la deuda para los países pobres y muy endeudados (PPME) fue complementada con la iniciativa de la Deuda Multilateral. Esta se aplica a los países que han completado el proceso para los PPME, con un alivio del 100%, concedido por tres instituciones multilaterales: el FMI, el Banco Mundial y el Fondo Africano de Desarrollo (FAD).

a los países de bajo ingreso a tasas subvencionadas”; la segunda implica una “situación de un endeudamiento insostenible”; la tercera requiere una “trayectoria satisfactoria de reforma y aplicación de políticas adecuadas en el marco de programas respaldados por el FMI y el Banco Mundial”, y la cuarta exige un documento de estrategia de Lucha contra la Pobreza.<sup>37</sup>

Eritrea, ubicado al noroeste de África, es uno de los Estados con menor desarrollo en el mundo. Su bajo crecimiento económico, situación macroeconómica y las limitaciones de su capital humano son una muestra de ello. Según el Índice de Desarrollo Humano de las Naciones Unidas, Eritrea, para el 2011, se encontraba en el puesto 177 de 187 países.<sup>38</sup> El ingreso per cápita anual es de aproximadamente 403 dólares, con una población aproximada de 5.3 millones, concentrada en el sector rural. Las actividades económicas predominantes son la agricultura y la minería. Los problemas en la deuda pública, el bajo crecimiento económico, la inflación, el déficit fiscal, el bajo cubrimiento educativo y los altos niveles de pobreza y de mortalidad lo convierten en un país muy pobre. Su preocupante situación se recrudece por un conflicto territorial. Eritrea es un país de reciente creación, independizado en 1993, después de una guerra de treinta años con Etiopía. Pese a ello, su independencia no solucionó los problemas y el conflicto entre ambos países por la frontera se reactivó en 1998, ya que la delimitación realizada en 2007 no fue acogida por Etiopía.<sup>39</sup>

Al considerar el contexto general de Eritrea, el FMI capitaliza en sus informes su grave situación para destacar su persistente debilidad, y en consecuencia posicionarse como el salvavidas para su viabilidad. Esta clase de Estados se destinan a mantenerse en los dominios del sesgo de debilidad que opera sobre ellos, debido a la búsqueda de un alivio en la deuda que frene su bloqueo financiero internacional. Con o sin la aplicación del alivio en la deuda, el control regulatorio económico por agentes externos está garantizado. Así, la asistencia de agentes y del capital externo es la única alternativa para contrarrestar su inviabilidad. Con ello se legitima una intervención paternalista para aplicar la fórmula del rescate y emprender programas de control.

Para tal fin, esta organización calificó la situación de Eritrea como insostenible y gravosa en dos informes, producto de la Consulta al Artículo IV del Convenio Constitutivo. Al tiempo, ese diagnóstico justifica la asistencia técnica del Fondo, y

<sup>37</sup> Fondo Monetario Internacional, “Alivio de la deuda”.

<sup>38</sup> Banco Mundial, “Eritrea Overview”, abril de 2013, <http://www.worldbank.org/en/country/eritrea/overview>

<sup>39</sup> *Ibid.*

por lo tanto el control regulatorio y el constreñimiento sobre el candidato al alivio en la deuda. En el Informe de 2004,<sup>40</sup> el FMI retrató la lamentable situación económica de este país, resaltando la guerra fronteriza con Etiopía entre 1998 y 2000, así como el carácter “dominante” de la pobreza, los problemas de malnutrición como influencia de la sequía, los “niveles insostenibles” de la deuda pública, entre otros, por lo que su desempeño fue en general débil.<sup>41</sup> Pese al retrato de un escenario económico y social deplorable, el Fondo reconoce avances. Sin embargo, no son suficientes porque su lente opaca otras variables poderosas de medición para la anhelada estabilización: “mientras que el crecimiento del Producto Interno Bruto se ha acelerado en el 2003, los directores expresaron preocupación por el aumento en la inflación, la caída de las reservas internacionales a un *nivel críticamente bajo* y una *aguda contracción* en las exportaciones de Eritrea”.

[...]

Los directores celebraron el avance en el equilibrio fiscal y el desempeño mejor de lo esperado en las rentas públicas en el 2003. Sin embargo, los grandes déficits fiscales proyectados sobre el medio plazo son *insostenibles*.<sup>42</sup> (cursiva fuera del texto)

El reconocimiento de un avance indicando que es insuficiente para sacar al país de su estancamiento justifica la subordinación y la legitimidad del FMI como el auxiliador de su inviabilidad. Así, el Fondo es un agente externo con autoridad para determinar lo que debe hacer este país, pues indica la necesidad de hacer “esfuerzos sostenidos” para reducir “rápidamente” la deuda pública, el “impacto adverso” del rol interventor del Estado en la economía, así como la necesidad de actuar con prioridad y urgencia en diversas variables de la economía. Algunos apartes de la fórmula indican:

Las instituciones necesitarán hacer un *esfuerzo sostenido y rápido* para reducir la deuda pública, reducir la dependencia en la intervención del sector público y administrar mecanismos en la conducción de la economía, y crear a través de reformas estructurales con amplio alcance un ambiente propicio para el desarrollo del sector privado.

[...]

<sup>40</sup> Fondo Monetario Internacional, “Executive Board Concludes Article IV Consultation with Eritrea”. *Public Information Notice (PIN)*, n.º 05-18, 9 de febrero de 2005.

<sup>41</sup> “Los directores ejecutivos lamentan el alto costo económico y social para Eritrea por el impase con Etiopía por la disputa fronteriza. La pobreza se mantiene *dominante*, el gasto de defensa alto, y el déficit fiscal y la deuda pública están en *niveles insostenibles*. Una prolongada sequía, *agudas limitaciones* en las capacidades, como también una *crítica debilidad* en la administración económica y gubernamental han *empeorado* las condiciones del país” (cursiva fuera del texto; traducción libre). *Ibid.*

<sup>42</sup> *Ibid.* (traducción libre).

Los directores resaltan el *impacto adverso* del uso extendido de controles administrativos, la expansión del rol del Estado en las actividades comerciales y la *carencia* de un ambiente regulatorio transparente, lo cual *debilita* la confianza del inversor y el desarrollo del sector privado. Ellos deben dirigir estos temas como *prioridades estructurales urgentes* y animar a las autoridades a retornar a su estrategia de liberalización postindependencia como una base para un crecimiento sostenible y reducción de la pobreza.<sup>43</sup> (cursiva fuera del texto)

Ahora bien, los Estados que se perfilan como candidatos al alivio en la deuda deben demostrar su cumplimiento de las medidas del FMI. Sin embargo, su aplicación no es garantía para ser elegibles, pues la implementación de las medidas es insuficiente cuando las realizan estos Estados. Esta situación les limita a esa clase de Estados las posibilidades de ser beneficiarios del alivio de la deuda. Pero el hecho de que no sean beneficiados con el alivio en la deuda no significa ausencia de control por el FMI. La persistencia de debilidad se agudiza, y con ello la legitimidad del Fondo como el auxiliador de un país inviable que es símbolo de fracaso:

Los directores notaron que la situación en la deuda de Eritrea *podría empeorar significativamente* si mantenía las actuales políticas económicas y que aun bajo asunciones más optimistas la sostenibilidad podría no ser alcanzada [...] Aun después de la aplicación de mecanismos tradicionales de alivio en la deuda, Eritrea podría tener *niveles en la deuda por encima de los límites* de la iniciativa para el alivio en la deuda de los países pobres y muy endeudados. (cursiva fuera del texto)

Cinco años después, en el Informe del FMI de 2009, la situación de Eritrea era peor.<sup>44</sup> El desempeño económico se había “debilitado” desde la última consulta, en enero de 2008. El FMI enmarcó el deplorable ambiente exógeno que había golpeado la economía, indicando las épocas de sequía con hambrunas y los altos precios internacionales del petróleo y de los alimentos para suplir la hambruna y la crisis financiera mundial. Todos esos factores se articularon en el pésimo diagnóstico económico sobre Eritrea.

Pese a ese cruel escenario, el FMI no evalúa si los impactos negativos de sus medidas en la economía de Eritrea se deben a las particularidades de este Estado. El estudio de la incompatibilidad entre las políticas del FMI y Eritrea no

<sup>43</sup> *Ibid.* (traducción libre).

<sup>44</sup> Fondo Monetario Internacional, “Executive Board Concludes 2009 Article IV Consultation with Eritrea”, *Public Information Notice (PIN)*, n.º 09-133, 11 de diciembre de 2009, <http://www.imf.org/external/np/sec/pn/2009/pn09133.htm>

se aborda, simplemente la salida para Eritrea está en alinear sus políticas con las del FMI y otros agentes externos para conseguir alivios,<sup>45</sup> que no son necesariamente una solución a sus problemas de fondo. Estos alivios señalan que el país no ha sido excluido de la comunidad internacional, que aún puede, mediante la caridad internacional condicionada, cubrir la deuda externa, mas esos alivios no indican que su persistente debilidad desaparezca.

El manejo dado a Eritrea muestra que los programas de ajuste económico debilitan el esquema neoliberal que los soporta. El Fondo ejecuta las políticas de ajuste en los Estados en desarrollo muy pobres con un rol paternalista que desdibuja la autosuficiencia de los actores con los que interactúa. De un lado, el Fondo exige la aplicación de un programa de liberalización que reduce el papel interventor del Estado. Del otro, el Fondo asume el rol de un padre sobreprotector que ejerce su autoridad, sin importar si dificulta el desarrollo de su hijo o le crea barreras para desarrollar su autonomía. Como reflejo de esta última, el FMI destaca la persistente debilidad de Eritrea para justificar su intervención prolongada.

La situación de Eritrea bajo el lente del FMI permite inferir:

- El FMI emplea calificativos poderosos para resaltar la vulnerabilidad de estos Estados, justificando el condicionamiento del poder regulatorio de estos últimos.
- Hay un gran interés en prolongar la dependencia de estos Estados. El FMI no parece percatarse de las particularidades del país controlado frente al programa de ajuste estructural. Para el Fondo, los resultados negativos son el resultado de una indebida aplicación de las políticas de ajuste.
- La aplicación de las medidas de ajuste no le garantiza a un Estado pobre y muy endeudado el ingreso en la lista de países elegibles para el alivio en la deuda. Con todo, su aplicación garantiza que ese Estado estará bajo el control y monitoreo de un agente externo.

<sup>45</sup> “Los directores expresaron preocupación sobre la última evaluación de la sostenibilidad en la deuda al mostrar a Eritrea en peligro con su deuda externa, acompañada de un muy alto nivel de endeudamiento interno. Aconsejaron a las autoridades reducir la necesidad de los préstamos y reentablar relaciones con la comunidad donante, buscando subvención o una alta concesión/privilegios en la financiación externa. La renovación de las relaciones ayudaría a proveer la asistencia —incluyendo el alivio en la deuda bajo la iniciativa para los países pobres y muy endeudados y la iniciativa de alivio en la deuda multilateral— necesaria para restaurar la sostenibilidad en la deuda” (traducción libre). *Ibid.*

- El auxilio de un agente externo a un país pobre y muy endeudado contrasta la imagen externa de inviabilidad que transmite, pero lo retrata dependiente y con una incapacidad de autosuficiencia persistente. Al tiempo, legitima una intervención para aplicar los programas de ajuste y mantener el seguimiento.

## CASO 2. EL SESGO DE DEBILIDAD SOBRE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Esta sección estudia el sesgo de debilidad a favor de las comunidades indígenas, y hace referencia a la relación entre los territorios ancestrales y ese sesgo a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

### **El territorio ancestral desde el sesgo de debilidad**

El territorio para los indígenas se traduce en un “vínculo especial y colectivo con las tierras”.<sup>46</sup> Al tiempo, es una evidencia de su especial vulnerabilidad a la supervivencia física y cultural. La CIDH, en distintos pronunciamientos, subraya la protección especial que tienen los territorios ancestrales habitados por las comunidades indígenas. Precisamente, la trascendencia de los vínculos con esos territorios para su supervivencia como comunidad, supera el concepto clásico de propiedad privada. No obstante, la propiedad colectiva no es un derecho expresamente reconocido bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Conadeh). Por ese motivo, la Corte, mediante una interpretación “evolutiva” y respaldada en el sesgo de debilidad que recae sobre estas comunidades, lo ha reconocido.

Para ese reconocimiento, la Corte parte de dos supuestos. Con el primero, justifica los alcances de su interpretación apoyándose en el artículo 29.b de la Conadeh,<sup>47</sup> que prohíbe las interpretaciones restrictivas de los derechos reconocidos en la Convención a la luz del marco interno del Estado demandado o de otras convenciones en que sea parte.<sup>48</sup> Con ello se aparta del concepto

<sup>46</sup> César Rodríguez y Meghan Morris (dir.), *La consulta previa a pueblos indígenas: Los estándares del derecho internacional* (Bogotá: Programa de Justicia Global y Derechos Humanos-Universidad de los Andes, 2010), 43.

<sup>47</sup> Artículo 29: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”.

<sup>48</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidad Mayagna v. Nicaragua*. Sentencia de 31 de agosto de 2001 (fondo, reparaciones y costas), párr. 148; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Pueblo de Saramaka v. Surinam*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007 (excepciones preliminares, fondo, reparación y costas), párr. 92; Corte Interamericana de Derechos Humanos,

tradicional de propiedad privada centrada en el individuo como sujeto autónomo. Con el segundo aspecto, la Corte profundiza en el concepto que tienen los indígenas sobre la propiedad territorial, resaltando la vulnerabilidad de estas comunidades asociada al territorio ancestral, espacio en donde ejercen sus derechos bajo su propia autoridad.<sup>49</sup> Para estos grupos, sus territorios ancestrales les permiten preservar su identidad cultural, garantizar su supervivencia económica y la transmisión de su cosmovisión a futuras generaciones. En ese sentido, ellos defienden la titularidad de una cultura exclusiva que los diferencia de la cultura mayoritaria (blancos o mestizos),<sup>50</sup> y los hace más vulnerables. Los indígenas denuncian diversas prácticas de exterminio, exclusión e invisibilización que los golpean de forma integral y sistemática, lo que amenaza su supervivencia.<sup>51</sup> Ante ese escenario, las comunidades indígenas confían al derecho la garantía de su conservación, pese a la ambivalencia que mantienen respecto a este.<sup>52</sup> Así, la

---

*Comunidad Indígena Yakey Axa v. Paraguay*: Sentencia de 17 de junio de 2005 (fondo, reparaciones y costas), párr. 129.

<sup>49</sup> E/CN.4/Sub.2/2000/10, Economic and Social Council, Commission on Human Rights, “Prevention of discrimination against and the protection of minorities”. Working paper on the relationship and distinction between the rights of persons belonging to minorities and those of indigenous peoples, párr. 8, 9 y 43.

<sup>50</sup> Esta contextualización se apoya en una investigación sociojurídica, cuyos resultados fueron publicados. En el estudio de campo se practicaron entrevistas a tres líderes de comunidades indígenas: Higinio Obispo González, líder indígena del pueblo Emberá y funcionario de la ONIC; Luis Fernando Arias, secretario general de la ONIC, kankuamo de la Sierra Nevada, y Carlos Pérez, líder del Resguardo Unuma en el Vichada. Los dos primeros son indígenas activistas residentes en Bogotá, y el último reside con su comunidad.

Para estas comunidades, una gran diferencia con la cultura mayoritaria es el concepto de desarrollo. El líder Higinio Obispo expresó que los pueblos indígenas son anteriores a la creación del Estado y dueños de una cultura ajena a la “occidental”. Resaltó que ellos tienen un concepto del desarrollo sistémico.

El líder Carlos Pérez, con respecto a la noción de desarrollo, señaló: “La tierra, las plantas, los árboles, los animales tienen un espíritu que los conduce a convivir en armonía”. Yadira Castillo, “El rol de la empresa transnacional extractiva de petróleo en la consulta previa con las comunidades indígenas: La experiencia en Colombia”. *Revista Universidad del Norte* 37 (2012): 27.

<sup>51</sup> En el estudio in cita se exploraron las vulnerabilidades a las que están expuestas las comunidades indígenas, y aquellas ocasionadas por cuenta de las actividades de las CTN en los territorios habitados por tales grupos: “De hecho, deben superar la escasez de fuentes de subsistencia, dado que varias de ellas se encuentran en tierras más selváticas que cultivables, las especies salvajes se han ido extinguiendo y falta entonces la comida, la ropa, el dinero o los medios para construir sus viviendas o conservarlas”. *Ibid.*, 27.

“Ahora bien, ellos, como comunidad, también son conscientes de otros riesgos de los que al parecer sus espíritus no los pueden librar, se trata, entonces, de la desintegración de la comunidad con la empresa cerca de ellos, de la llegada de actores al margen de la ley por su deseo de empoderarse del territorio y con eso de influenciar a los más jóvenes del resguardo, de las posibilidades de generarse relaciones entre sus mujeres y los que hacen parte de la empresa, o de presentarse situaciones de prostitución”. *Ibid.*, 29.

<sup>52</sup> Lemaitre, en dos capítulos de su obra, indaga sobre si el derecho ha tenido un rol activo en el desarrollo del movimiento indígena en Colombia. En su propósito de abordar un estudio sociojurídico, establece que el derecho es percibido como un artefacto de lucha para lograr un reconocimiento, en oposición a un absoluto relego dentro de la sociedad por parte de las comunidades indígenas. Destaca, a su vez, que pese a la ambivalencia en que se mueven los indígenas, bajo la cual no siempre se confía en la eficacia del derecho o en su sentido unívoco, lo cierto es que no pueden negar que la Constitución de 1991, así como otros instrumentos internacionales, han

CIDH se convierte en una gran aliada de estos grupos y en un agente estratégico para perpetuar el sesgo de debilidad a su favor, desde el derecho internacional, mediante los efectos legales que le confiere.

De hecho, la protección que le brinda la Corte a la propiedad colectiva de las comunidades indígenas, mediante el artículo 21 de la Conadeh,<sup>53</sup> adquiere poder por el sesgo de debilidad que recae sobre estas comunidades. En la salvaguarda del territorio para estas comunidades, se ponen límites a su persistente vulnerabilidad. La persistente debilidad de estas comunidades, ligada con el despojo de sus territorios, indica que este es un elemento esencial para garantizar su supervivencia como comunidad. De él depende la conservación y transmisión generacional de su identidad, así como su bienestar. En respuesta a ello, la Corte le confiere alcances internacionales al sesgo de debilidad, que recaen sobre los indígenas, reforzados por sus poderes sancionatorios, y plasmados con una postura coherente frente a la protección de la propiedad comunal de los grupos indígenas. En el caso *Moiwana v. Suriname*, basado en el homicidio y desplazamiento de miembros de la comunidad Moiwana, la Corte indicó que la posesión de territorios ancestrales era suficiente para obtener la titularidad sobre los terrenos habitados, debido a sus nexos, pues no se trata de una mera ocupación para derivar la subsistencia diaria, sino de una “relación omnicompreensiva”<sup>54</sup> que propicia su conservación como cultura y grupo:

La estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para tales pueblos, su nexo comunal con el territorio ancestral no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino

---

permitido movilizar el derecho hacia sus intereses. Julieta Lemaitre Ripoll, *El derecho como conjuro: Feticchismo legal, violencia y movimientos sociales* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2009).

Las entrevistas practicadas a los líderes indígenas reflejan sus tensiones con respecto al papel del Estado en su regulación. En general, son críticos de las formas como son administradas las instituciones, pero creen que el derecho puede aliarse con sus vulnerabilidades. Según sus posturas, instrumentos como la Convención 169 les han servido para ser reconocidos. Castillo, “El rol de la empresa transnacional extractiva”, 18 y 30.

<sup>53</sup> El artículo 21 de la Convención Americana dispone:

“1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”.

<sup>54</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Moiwana v. Surinam*. Sentencia de 15 junio de 2005 (excepciones preliminares, fondo, reparación y costas), párr. 133.

un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.<sup>55</sup>

En una línea similar, en los casos *Sawhoyamaxa v. Paraguay* y *Mayagna v. Nicaragua*, la Corte reconoció el carácter esencial del territorio habitado por las comunidades indígenas para la conservación de su cosmovisión y alivio a sus vulnerabilidades. En el primero, se demandó la negativa del Estado de Paraguay de reivindicarle a la comunidad Sawhoyamaxa sus territorios y consecuente titularidad, impidiéndoles habitar sus terrenos ancestrales.<sup>56</sup> La Corte indicó que los estrechos vínculos de los grupos indígenas con los territorios no solo se limitan a su seguridad alimentaria, sino a la conservación de “su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”.<sup>57</sup>

La misma relación entre el sesgo de debilidad y territorio se evidencia en el segundo caso, *Mayagna v. Nicaragua*, en el que se demandó la falta de demarcación de las tierras comunales, la ausencia de medidas efectivas para asegurar los derechos de propiedad y recursos naturales, máxime por una concesión entregada sin el consentimiento de la comunidad.<sup>58</sup> El tribunal enfatizó en el concepto de propiedad comunal de estas comunidades, como un pilar para contrarrestar su persistente debilidad, mediante la conservación de su cultura y existencia humana, e indicó:

La estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica [...]. La relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.<sup>59</sup>

La Corte señaló el deber del Estado de delimitar, demarcar y titular las tierras de estas comunidades, atendiendo a su derecho interno y al derecho

<sup>55</sup> *Ibid.*, párr. 131.

<sup>56</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sawhoyamaxa v. Paraguay*: Sentencia de 29 de marzo de 2006 (fondo, reparación y costas), párr. 2.

<sup>57</sup> “La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituida a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no solo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”. *Ibid.*, párr. 118.

<sup>58</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidad Mayagna v. Nicaragua*: Sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 2.

<sup>59</sup> *Ibid.*, párr. 149.

consuetudinario de los pueblos indígenas, que asumen la posesión como elemento suficiente para la titularidad.<sup>60</sup>

El apoyo de la Corte a la propiedad colectiva de las comunidades indígenas, como un presupuesto para ponerle límites a su marcada vulnerabilidad, no supone un carácter absoluto de tal derecho. A pesar de que la CIDH parte de la debilidad de los indígenas, aún reconoce que al lado de este derecho se encuentra el derecho a la propiedad privada particular.<sup>61</sup> La Corte, como aliada del sesgo de debilidad que recae en los indígenas, se apoya en su vulnerabilidad al imponer límites al derecho de propiedad privada concedido en territorios ancestrales, a fin de conservar la identidad e integridad de estas culturas ante la acción de agentes externos a su entorno. Así, la Corte afianza el sesgo de debilidad mediante los efectos legales que le concede. Con ello les confiere a las comunidades una suerte jurídica privilegiada, pues, quienes aplican la Conadeh están condicionados a guiarse por sus parámetros, so pena de incurrir en su violación.

En el caso *Yakye Axa v. Paraguay* se demandó la reivindicación de la propiedad ancestral a la comunidad Yakye en manos de particulares. La Corte indicó que una restricción a la propiedad, producto de la solución a las tensiones entre el derecho a la propiedad privada y la recuperación de la propiedad ancestral, debe estudiar: a) su existencia previa por ley; b) su necesidad; c) la proporcionalidad de la restricción, y d) el logro de un objetivo legítimo en una sociedad democrática.<sup>62</sup> Todo esto, resaltando que el sacrificio del derecho restringido debe justificarse por un “interés público imperativo”.<sup>63</sup> Se debe aclarar, además, que la decisión de privilegiar la propiedad privada sobre la reivindicación de la propiedad ancestral no es una mera decisión discrecional. El Estado debe considerar que “los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente, que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para

<sup>60</sup> “El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro”. *Ibid.*, párr. 151.

<sup>61</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*, párr. 144.

<sup>62</sup> *Ibid.*

<sup>63</sup> *Ibid.*, párr. 145.

llevar a cabo sus planes de vida”.<sup>64</sup> En todo caso, de no ser posible reivindicarles sus territorios ancestrales, deben ser reubicados e incluso compensados.<sup>65</sup>

Lo indicado denota cómo la Corte blindo la vulnerabilidad de los indígenas ante el ejercicio desbordado del derecho de propiedad privada sobre territorios ancestrales. La Corte no defiende el derecho absoluto de propiedad ancestral, pero tampoco permite que la propiedad privada sea privilegiada en todos los casos. La prevalencia de esta última se liga a la superación de un *test* medido para evitar decisiones discrecionales, que pasen por alto la necesidad de garantizar la supervivencia de las comunidades indígenas, mediante la reivindicación de sus territorios ancestrales, dado que estos territorios reducen el riesgo de su extinción como pueblo colectivo.

### **La explotación de los recursos naturales a la luz del sesgo de debilidad**

Las tensiones entre el derecho de las comunidades a su propiedad colectiva y la explotación de los recursos naturales adquieren dimensiones de mayor envergadura. La Corte reafirma el derecho de un Estado a explotar los recursos naturales, pero reconoce al mismo tiempo el deber que este tiene de asegurar la supervivencia de una comunidad que habite en una zona de explotación. En ese sentido, para el tribunal, las comunidades indígenas y tribales “tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio por las mismas razones por las cuales tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos. Sin ellos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo”.<sup>66</sup>

Sin embargo, el control y uso de los recursos naturales como presupuesto para asegurar su estilo de vida e integridad no es absoluto. La Corte, en respuesta al sesgo de debilidad de los indígenas, dispone que los recursos protegidos bajo el artículo 21 de la Conadeh son los “recursos naturales usados tradicionalmente y necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo”.<sup>67</sup> Esa medida de protección despeja el camino para la explotación de recursos mediante concesiones.<sup>68</sup> De ese modo, la Corte, en

<sup>64</sup> *Ibid.*, párr. 146.

<sup>65</sup> La Corte explica que ante la imposibilidad de un Estado de adoptar medidas para devolver un territorio tradicional, el Estado debe entregarles tierras alternativas o el pago de una compensación, o ambos, considerando la manifestación de voluntad de las partes. *Ibid.*, párr. 149-151.

<sup>66</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Pueblo de Saramaka v. Surinamr*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 121.

<sup>67</sup> *Ibid.*, párr. 122.

<sup>68</sup> *Ibid.*

estos casos, reitera el *test* para evaluar las restricciones a la propiedad, y agrega que la restricción debe cumplir con el *test* y no debe constituirse en una denegación de la subsistencia como pueblo tribal.<sup>69</sup>

Lo anterior no es suficiente para el tribunal, pues la vulnerabilidad de las comunidades indígenas puede recrudecerse ante los impactos de la explotación de sus recursos naturales, lo que hace necesario reforzar su protección normativa. La Corte, como un agente internacional, se apropia del sesgo de debilidad de estas comunidades y emplea su poder para ponerles freno a los riesgos de la persistente vulnerabilidad que las acompaña. Así, el tribunal exige que el *test* de restricción a la propiedad se complemente con tres garantías: 1) la participación efectiva de la comunidad en las decisiones sobre todo plan de desarrollo, inversión o exploración o extracción; 2) un beneficio razonable del plan para la comunidad, y 3) un estudio previo del impacto social y ambiental para toda concesión.<sup>70</sup>

El anterior pronunciamiento fue aplicado en el caso *Saramaka v. Surinam*. La Corte, con base en el estudio de las concesiones madereras y mineras que otorgó el Estado de Surinam, concluyó la violación del artículo 21 de la Convención, dado que la parte demandada desconoció las tres garantías mencionadas, y la titulación de la propiedad comunal de la parte demandante. En primer lugar, la CIDH indicó que el Estado no debió otorgar concesiones madereras en el territorio de Saramaka sin cumplir con las tres garantías, porque la extracción de esos recursos naturales era “necesari[a] para la subsistencia del pueblo de Saramaka”.<sup>71</sup> En segundo lugar, revisó el cumplimiento de las garantías. Con respecto a la participación efectiva, la Corte indicó que esa comunidad no fue consultada bajo sus tradiciones. Del mismo modo, el Estado no hizo un estudio previo de los impactos sociales y ambientales causados con la concesión, sumado a la falta de mecanismos de contingencia frente a esos impactos. Finalmente, los miembros del pueblo Saramaka no recibieron ningún beneficio de la extracción maderera de su territorio.<sup>72</sup> A la misma conclusión se llegó respecto a las concesiones auríferas, pero con una aclaración. Para el pueblo Saramaka, el oro no hace parte de su identidad cultural o sistema económico, pero su explotación impacta recursos naturales necesarios para su subsistencia como pueblo.<sup>73</sup>

<sup>69</sup> *Ibid.*, párr. 128.

<sup>70</sup> *Ibid.*, párr. 122.

<sup>71</sup> *Ibid.*, párr. 146.

<sup>72</sup> *Ibid.*, párr. 149.

<sup>73</sup> *Ibid.*, párr. 155.

En consecuencia, la Corte le ordenó a Surinam delimitar, demarcar y titular la propiedad colectiva del pueblo de Saramaka, y abstenerse de otorgar concesiones en el territorio ancestral de dicha comunidad, salvo el agotamiento de los tres requisitos. Resaltó, asimismo, la obtención de un “consentimiento previo, libre e informado”. Finalmente, aclaró que las concesiones en curso en el territorio de Saramaka debían evaluarse para determinar la pertinencia de una modificación, a fin de preservar la supervivencia del pueblo nativo.<sup>74</sup> Con esta decisión, la Corte, al ponderar los derechos de las comunidades indígenas y la explotación de los recursos naturales, se inclinó por la protección de la vulnerabilidad indígena, fijando límites reglados a una explotación desenfrenada de los recursos naturales. El fallo refleja cómo el sesgo de debilidad de los indígenas se liga a la conservación de los vínculos con los territorios ancestrales. Son estos terrenos sus mejores aliados para combatir sus vulnerabilidades y sobrevivir.

La anterior decisión resalta el deber del Estado de garantizar la participación efectiva de las comunidades indígenas y tribales, mejor conocida como *consulta previa*, bajo el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). En tal decisión, la falta de ratificación del Convenio 169 de la OIT por Surinam no le impidió a la Corte articular la Convención y otros instrumentos ratificados por el Estado demandado, en los que se reconoce el derecho a la autodeterminación de los pueblos, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.<sup>75</sup> Así, el derecho internacional reconoce que la explotación de los recursos naturales ubicados en los territorios ancestrales de las comunidades indígenas o tribales está antecedida por la consulta previa. Esta goza de un carácter esencial, al requerir la participación de estos grupos en la toma de decisiones sobre una medida legislativa o administrativa con impactos directos.<sup>76</sup> Con ella se posibilita el derecho a la libre determinación de estas comunidades y su supervivencia como grupo diferenciado.<sup>77</sup>

<sup>74</sup> *Ibid.*, párr. 194a.

<sup>75</sup> *Ibid.*, párr. 93. La Corte hizo esa articulación con respaldo en el artículo 29.b de la Convención, que impide las interpretaciones restrictivas. De ese modo, fortaleció la interpretación dada al artículo 21 de la Convención.

<sup>76</sup> “A juicio de la Corte, la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho o la circunstancia observada en el sentido de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas, y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social”. Corte Constitucional, Sentencia de tutela 880 de 2006. Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.

<sup>77</sup> Corte Constitucional, Sentencia de tutela 693 de 2011. Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt.

Lo señalado permite inferir cómo funciona el sesgo de debilidad que recae sobre los indígenas bajo el lente de actores internacionales. Los agentes externos fortalecen a las comunidades indígenas cuando se apropian del sesgo de debilidad que las identifica, y exigen que el derecho se adecúe a la especial vulnerabilidad de tales comunidades. Aquí, la visibilización no tiene como causa directa la voz indígena atenta a denunciar las prácticas opresivas para exigir la inclusión de sus vulnerabilidades. Se trata de un agente externo ajeno a su cultura pero conocedor del efecto inclusivo que puede tener el sesgo de debilidad sobre los indígenas. Esos efectos legales se ligan a la dependencia del sesgo de debilidad que opera a favor de las comunidades indígenas, por tanto liberarse de tal sesgo no es un beneficio.

La CIDH, gracias a sus poderes jurisdiccionales sobre los Estados, enmarca el sesgo de debilidad de las comunidades indígenas con argumentos normativos y autoritarios sobre su multidimensional vulnerabilidad, incidiendo en las decisiones del respectivo Estado. La Corte, como tribunal internacional de derechos humanos, tiene la capacidad de definir la responsabilidad internacional de un Estado por violar la Convención. Esto supone que al declarar responsable a un Estado visibiliza su vago compromiso con la protección a la persistente debilidad de los indígenas.

El derecho, por su parte, al capturar el sesgo que identifica a un sujeto reafirma sus debilidades. Estas comunidades son percibidas por sus altos niveles de vulnerabilidad ante las prácticas marginales de las sociedades mayoritarias.<sup>78</sup> El derecho, como instrumento de solución, diseña las políticas afirmativas dirigidas a permitir por ley la participación de los integrantes de estos grupos. Esa imposición legal, así como consigue la inclusión de estos grupos en escenarios como el Congreso o la academia, denota que es el resultado de su pertenencia a un grupo determinado. Con todo, estas comunidades se anotan una conquista, al atribuirles efectos legales a sus vulnerabilidades en un marco legal dominado por la sociedad mayoritaria. El sesgo de debilidad sobre los grupos indígenas, a la luz de su incorporación en el derecho, supone lo siguiente:

- El derecho modela a los grupos indígenas una identidad jurídica, asumiendo un compromiso con el sesgo de debilidad que recae en ellos. De no asumir el derecho un rol regulatorio activo, se convierte en un causante de la desaparición física y cultural de estos grupos.

<sup>78</sup> Ayelet Shachar, "Two Critiques of Multiculturalism". *Cardozo Law Review* 23 (2001-2002): 257.

- Las denuncias sobre la especial vulnerabilidad de estas comunidades conciben al derecho como el protector de un sujeto indefenso, regulado a su vez como un sujeto colectivo, para reforzar y facilitar la defensa de sus derechos.<sup>79</sup>
- El sesgo de debilidad que recae en las comunidades indígenas está asociado al peligro de ser despojadas de su territorio ancestral. Este es un espacio que les garantiza su supervivencia física y cultural, es decir, las blinda de su extinción cultural.
- Al estar asociado con el territorio, el sesgo de debilidad no recae en el indígena como sujeto individual. Los indígenas establecen vínculos con los territorios ancestrales bajo el concepto de propiedad colectiva. Es ese el espacio donde las comunidades desarrollan su visión omnicomprensiva del cosmos y aseguran su existencia como grupo diferenciado.
- La inclusión del sesgo de debilidad en las agendas de agentes externos a las comunidades fortalece la credibilidad de los reclamos de estas. Aquí no se trata de la instrumentalización que los indígenas hacen del sesgo de debilidad que opera a su favor, sin necesariamente denotarlo, para conseguir resultados legales, sino del requerimiento que hacen sujetos ajenos a su entorno. De ese modo, el llamado a un rol activo del derecho en correspondencia con el sesgo de debilidad que describe a las comunidades indígenas es mucho más persuasivo.

## CONCLUSIONES

La idea de debilidad, entendida como la vulnerabilidad o inferioridad de ciertos sujetos, consigue efectos jurídicos, indistintamente de si corresponde o no a la realidad de un sujeto. En ocasiones el sesgo de debilidad le dispone una posición jurídica con mayores o menores ventajas. Es decir, con mayores o menores atribuciones y obligaciones, con más o menos libertad y constreñimiento, sin impedir que frente a ciertos sujetos, dos efectos en principio opuestos ocurran al tiempo.

En el caso de organizaciones internacionales como el FMI, el sesgo de debilidad se usa para mantener a los Estados en desarrollo bajo su dependencia. Es decir, con su autonomía regulatoria condicionada a lo dispuesto por esta organización

<sup>79</sup> Corte Constitucional, Sentencia de tutela 769 de 2009. Magistrado ponente: Nilson Pinilla.

en política económica.<sup>80</sup> La incapacidad de los Estados en desarrollo juega en su contra, pues se mantiene y fortalece cuando las organizaciones internacionales aseguran su incapacidad para adaptarse a lo dispuesto por estas —quienes, por supuesto, se venden como las mejores auxiliadoras—. Es una subordinación vertical, el pez grande es un agente externo, dueño de una sapiencia exclusiva que el pez pequeño no tiene. Este, para efectos de recuperar la confianza crediticia de su auxiliador y seguir contando con su apoyo, no encuentra una opción distinta que alinearse con su agenda.

El sesgo de debilidad que recae en los grupos indígenas les brinda beneficios al conseguir protección jurídica. Los agentes internacionales, al apoyar ese sesgo de debilidad, les confieren autoridad y peso a sus reclamos. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sus poderes sancionatorios, conmina al Estado a tomar acciones para garantizarles a las comunidades la propiedad de sus territorios ancestrales, exigiendo de esa forma límites a los riesgos y violaciones que amenazan la supervivencia de estas. Esos resultados favorables a las comunidades indígenas están ligados a la perpetuación del sesgo de debilidad, que incorpora el derecho a su favor. Pese a que se conservan dependientes del mismo, es preferible enfatizar en sus debilidades como mecanismo para conseguir una inclusión legal.

<sup>80</sup> Anne Bichsel, “The World Bank and the International Monetary Fund from the Perspective of the Executive Directors from Developing Countries”. *Journal of World Trade* 28, n.º 6 (1994): 145.

## EL PASO DE UNA PERCEPCIÓN DE DEBILIDAD A UN SESGO DE DEBILIDAD

### INTRODUCCIÓN

Este capítulo explora el surgimiento del sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero en el contexto del derecho internacional de inversiones. Para ello se enfatiza en que su formación estuvo precedida de una percepción de debilidad a favor del inversionista, la cual adquirió la forma de un sesgo de debilidad, reflejado en el tipo de regulación internacional para ese sujeto. Con tal fin se hace alusión a las relaciones entre los Estados de occidente o del primer mundo y los de reciente formación o del tercer mundo<sup>1</sup> en el período colonial, con respecto al papel del derecho internacional en el tratamiento dado al nacional extranjero.

En este capítulo analizo los tratados inequitativos, los recíprocos y el ejercicio de la protección diplomática, con respaldo en la doctrina clásica de responsabilidad de los Estados como instituciones que propiciaron la mutación de la percepción de debilidad a favor del inversionista extranjero en un sesgo de debilidad reflejado normativamente. Además, intento responder al *para qué* de la percepción de debilidad a favor de un sujeto poderoso, pasando al *cómo* de su formación y justificación.

<sup>1</sup> La expresión “Estados de occidente” hace alusión a los Estados del primer mundo, del norte o desarrollados. Esta última categoría surgió con posterioridad a la segunda postguerra, con el fin de hacer referencia al progreso y crecimiento.

La noción de Estados de reciente formación es asociada con los Estados del tercer mundo, del sur, menos desarrollados, en desarrollo o subdesarrollados. Véase a Karin Mickelson, “Rhetoric and Rage: Third World Voices in International Legal Discourse”. *Wisconsin International Law Journal* 16, n.º 2 (1997-1998): 356. Gordon y Sylvester indican que la categoría de Estados subdesarrollados nació con una declaración del presidente de Estados Unidos, Harry Truman, en 1949. Asimismo, señalan que la referencia al tercer mundo tiene un contenido geográfico-político, con el cual se designa a “ciertos espacios o regiones del mundo que poseen distinciones demográficas, económicas y políticas en comparación con el segundo o primer mundo”. Agregan que “el tercer mundo identifica a las naciones y regiones que históricamente estuvieron sometidas al colonialismo”. Ruth Gordon y Jon Sylvester, “Deconstructing Development”. *Wisconsin International Law Journal* 22, n.º 1 (2004): 2, 9 y 10.

En este capítulo se hará alusión a los Estados de occidente, europeos o del primer mundo, y a los Estados de reciente formación o del tercer mundo, a fin de evitar los anacronismos. Dada la referencia al proceso de colonización e imperialismo, la alusión a los Estados europeos se considera pertinente debido a su rol en ese período en los territorios no europeos.

## DE LA PERCEPCIÓN DE DEBILIDAD AL SESGO DE DEBILIDAD A FAVOR DEL INVERSIONISTA EXTRANJERO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

El derecho de inversión extranjera tiene sus antecedentes en las prácticas de los Estados nación europeos en el siglo XVII, reforzadas en el siglo XIX con la expansión del colonialismo y el imperialismo.<sup>2</sup> Sus orígenes se remontan a usos entre Estados en igualdad de condiciones, reafirmados con instituciones del derecho internacional. Mediante estas prácticas, los Estados garantizaban a sus nacionales comerciantes e inversionistas unos estándares internacionales mínimos de trato en los territorios de sus pares.<sup>3</sup> El propósito de proteger a sus nacionales en el extranjero, con provisiones más allá del derecho doméstico, inicialmente se asoció con la prohibición de confiscar los bienes de sus nacionales durante períodos de paz, y la obligación de compensar los activos tomados en tiempos de guerra.<sup>4</sup> Con posterioridad, estas prácticas reiteradas entre los Estados del occidente de Europa se extendieron a los territorios no europeos mediante la imposición colonial e imperial.<sup>5</sup>

En relación con la diferencia o convergencia entre imperialismo y colonialismo, es preciso anotar que no son excluyentes. Por el contrario, durante el colonialismo se confundieron y se convirtieron en formas de dominación. Thuo Ghati define el imperialismo en el siglo XIX como el despliegue y expansión del capitalismo industrial y comercial, mediante la expansión de las regulaciones europeas sobre propiedad, daño y contratos. Al colonialismo lo define como la anexión territorial y ocupación de los territorios no europeos por los Estados europeos, representado en los títulos de propiedad sobre los territorios ocupados.<sup>6</sup> No obstante, señala que, pese a esa diferencia, en los protectorados británicos del siglo XIX no se distinguió el imperialismo del colonialismo, pues este conllevó la

<sup>2</sup> Kate Miles, “International Investment Law: Origins, Imperialism and Conceptualizing the Environment”. *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy* 21 (2010): 1; Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, 32.

<sup>3</sup> Miles, “International Investment Law”, 3.

<sup>4</sup> Borchard, “The Minimum Standard of Treatment of Aliens”. *Michigan Law Review* 38, n.º 445 (1940): 29, citado en Lauge Skovgaard Poulsen, *Sacrificing Sovereignty by Chance: Investment Treaties, Developing Countries and Bounded Rationality* (Londres: The London School of Economics and Political Science, 2011).

<sup>5</sup> Miles, “International Investment Law”, 30.

<sup>6</sup> James Thuo, “Imperialism, Colonialism and International Law”. *Buffalo Law Review* 54, n.º 4 (2007): 1014.

imposición del sistema inglés en el protectorado<sup>7</sup> del oriente de África.<sup>8</sup> En una línea similar, Anghie sostiene que colonialismo e imperialismo son intercambiables por la cercana relación entre ellos.<sup>9</sup>

La complementariedad entre imperialismo y colonialismo en términos del sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero se comprende por sus vínculos con el derecho internacional. La estructura dominante de ambos expandió las concepciones internas de los Estados colonizadores, así como las prácticas y regulaciones que los Estados europeos construyeron entre ellos para facilitar el comercio e inversión desarrollados entre ellos y los nacionales europeos en el extranjero. Esto a pesar de que, en principio, en los territorios colonizados el uso de instituciones internacionales para proteger al inversionista extranjero no era obligatorio,<sup>10</sup> debido a la integración entre el sistema del poder dominante y el colonial, y gracias al derecho administrativo colonial de la metrópoli.<sup>11</sup> Sin embargo, en esta situación no se puede desconocer que este período de subyugación fue un escenario para la difusión de instituciones del derecho internacional. Para mediados del siglo XX, una ola de descolonización tendría lugar en la Asamblea General de las Naciones Unidas; aquí las instituciones de derecho internacional a favor del inversionista, impulsadas por los Estados desarrollados desde antes de ese proceso, fueron repelidas por los nuevos Estados. Estos rechazaron el carácter consuetudinario de estándares como el mínimo internacional del trato para los inversionistas extranjeros, o el estándar de compensación por expropiación bajo la Cláusula Hull, argumentando que no habían participado en su formación, pues carecían de la condición de soberanos cuando estaban en gestación, lo que hacía inapropiado exigirles su cumplimiento.<sup>12</sup>

De tal modo, en la expansión de esas prácticas en los territorios no europeos, el derecho internacional fue usado estratégicamente por los Estados europeos para proteger al nacional en el extranjero. Así, emplearon instituciones como

<sup>7</sup> Mediante el protectorado, los Estados no europeos estuvieron protegidos por los Estados europeos. Estos tenían el control sobre los asuntos externos del Estado protegido. En principio, el Estado no europeo conservaba autonomía sobre sus asuntos internos, pero en la práctica no fue así: los Estados europeos mantuvieron el control sobre los temas internos y externos, y fueron gobernados como colonias. *Ibid.*, 1033. Véase: Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, 87 y 90.

<sup>8</sup> Thuó, “Imperialism, Colonialism and International Law”, 1014.

<sup>9</sup> Anghie indica, además, que el imperialismo, también llamado por algunos “neocolonialismo”, lo usa para describir las prácticas de los Estados de occidente en el período siguiente al establecimiento de las Naciones Unidas. Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, 11.

<sup>10</sup> Muthucumaraswamy Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 3ª ed. (Nueva York: Cambridge University Press, 2010), 19.

<sup>11</sup> Arnulf Becker, “Universal International Law: Nineteenth-Century Histories of Imposition and Appropriation”. *Harvard International Law Journal* 51, n.º 2 (2010): 480.

<sup>12</sup> Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, 196-202.

la soberanía; la obligatoriedad de una norma de derecho consuetudinario; el reconocimiento de un Estado; la doctrina de la responsabilidad internacional de los Estados por daños a los extranjeros y los tratados internacionales. Con esas instituciones se justificó y apuntaló la universalización de la concepción europea del derecho internacional en territorios no europeos.

Ese uso dado al derecho internacional es un reflejo del sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero, sobre el que se requiere explorar la percepción de debilidad como antecedente de su formación. Detrás del proyecto imperialista de los Estados del primer mundo de expandir sus intereses económicos bajo prácticas subordinantes se tejieron efectos sobre el inversionista extranjero, precisamente impulsados por la creación de una percepción de debilidad a su favor. En tal sentido, la formación de la percepción de debilidad a favor de aquel sujeto puede rastrearse considerando las causas que motivaron su transformación en un sesgo de debilidad, inserto en la regulación diseñada para el inversionista, esto es, en la celebración de tratados (inequitativos y recíprocos), y en el ejercicio de la protección diplomática con respaldo en la doctrina clásica de responsabilidad de los Estados. Antes de continuar, surge una pregunta: tanto en el período imperial, como en el actual, las corporaciones transnacionales son sujetos poderosos, luego, ¿para qué crearle a un sujeto poderoso una percepción de debilidad a su favor?

Como respuesta puede decirse que desde la mirada de los Estados de occidente el poder económico de los inversionistas era insuficiente para garantizar la defensa de sus intereses económicos en los Estados receptores, dado que carecían de las atribuciones soberanas para defenderse por sí mismos. Según los Estados del primer mundo, el poder económico de compañías como la Dutch East India Company o East India Company era limitado para enfrentar los riesgos jurídicos y políticos de los nuevos Estados, así como la resistencia de estos a reconocer su protección internacional y la inmadurez del derecho internacional para proporcionarles un recurso directo para su protección. Por ello, la creación de una percepción de debilidad justificaba la protección del inversionista con sustento en el derecho internacional, máxime cuando el inversionista era un sujeto decisivo en el proyecto imperialista. De hecho, ellos eran un medio para difundir y perpetuar las costumbres y regulaciones propiciadas por estos Estados, así como para propagar su presencia económica. Sin embargo, la percepción por sí misma no garantizaba la defensa de los intereses de los inversionistas; por esta razón, los Estados de occidente la transformaron en un sesgo de debilidad inserto en el naciente derecho de inversión extranjera. Como

consecuencia de esto surgen nuevas preguntas: ¿cómo justificar esa percepción?, ¿cómo transformarla en un sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero? Si se consideran los dos casos estudiados a continuación, se exponen tres explicaciones:

- a. La primera explicación argumenta una interrelación entre el escepticismo de los Estados desarrollados sobre el derecho interno de los Estados emergentes y la percepción de debilidad del inversionista extranjero. Para los Estados desarrollados, asumir la insuficiencia del derecho interno de los Estados del tercer mundo no solo cuestionó la soberanía de estos, sino también les permitió proteger al inversionista extranjero. De allí se infiere que la escasa madurez de ese derecho interno no podría proteger la debilidad del nacional en el extranjero. Por esto, transformar esa percepción de debilidad en un sesgo de debilidad mediante tratados les garantizaba unos estándares internacionales, y en ciertos casos la aplicación de la jurisdicción extraterritorial. Estas normas eran, entonces, una forma de mantener al inversionista extranjero protegido de los riesgos políticos, sociales y económicos propios de su proceso de creación, o de la falta de imparcialidad atribuida al marco judicial de estos Estados.
- b. La segunda explicación supone que la protección armada y militar de los intereses económicos de los Estados de occidente, representados en sus nacionales en el extranjero, se veía mejor justificada bajo la creación de la percepción de debilidad de los inversionistas extranjeros. De esa forma, la protección a un sujeto aparentemente débil, carente de las facultades soberanas del Estado, justificaba el uso de la fuerza.
- c. La tercera explicación sugiere que la percepción de debilidad a favor del inversionista extranjero se formó por la necesidad de contener la resistencia de los Estados de reciente formación frente a la protección internacional del inversionista extranjero. Ante esa situación, los Estados asumieron que la forma de defender la aparente debilidad del inversionista extranjero frente a los Estados del tercer mundo era bajo el derecho internacional consuetudinario. Con ello impulsaron la mutación de esa percepción de debilidad en un sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero de carácter normativo. Así, se apoyaron en la doctrina clásica de responsabilidad de los Estados y en su carácter consuetudinario para asumir su obligatoriedad, así como en el estándar mínimo internacional de trato para el inversionista extranjero. Esa defensa la hicieron por la vía diplomática o por la fuerza. En

ambos casos, los Estados de occidente asumieron la defensa de los intereses de un sujeto, y en especial de los económicos.

Las tres explicaciones propuestas parecen actuar de manera concurrente, reforzándose entre sí. A continuación se estudia la formación de la percepción de debilidad, y su transformación en un sesgo de debilidad a favor del inversionista, mediante la celebración de tratados internacionales (inequitativos y recíprocos) y el ejercicio de la protección diplomática. Con este análisis se busca desarrollar las explicaciones sugeridas sobre la creación de una percepción de debilidad para un sujeto poderoso, y las implicaciones que tuvo su transformación en un sesgo de debilidad y, como consecuencia, en la positivización en el derecho internacional de inversiones contemporáneo.

### **La celebración de tratados como reflejo del sesgo de debilidad**

La expansión de los Estados de occidente en los territorios no europeos necesitó de instituciones de derecho internacional para garantizar la vigencia e integridad de sus intereses económicos, y los de sus nacionales en el extranjero. Para este fin, los Estados de occidente se valieron de tratados inequitativos y de los celebrados bajo una igualdad formal. Pese a sus diferencias, su celebración se justificó con un uso estratégico del derecho internacional, que se tradujo en la mutación de la percepción de debilidad a favor del inversionista extranjero en un sesgo estructural regulatorio alineado con su aparente debilidad.

La celebración de tratados entre los Estados de occidente y los Estados de reciente formación se respaldó en los pilares del positivismo, con el fin de expandir las nociones de derecho internacional a favor del inversionista extranjero.<sup>13</sup> La expansión del imperialismo coincidió con el reemplazo en el siglo XIX del derecho natural por el positivismo.<sup>14</sup> Para el derecho natural, la fuerza vinculante del derecho internacional viene de una fuente externa a la soberanía, anterior al soberano, y presente en la razón, la religión, los valores morales o en las tradiciones de la comunidad influyentes en el soberano.<sup>15</sup> Adicionalmente, el soberano está sujeto al derecho natural derivado de los principios

<sup>13</sup> Becker señala que el “positivismo le dio coherencia conceptual a una nueva realidad: el derecho internacional como normas emanadas de los Estados y gobernando las relaciones interestatales”. Becker, “Universal International Law”, 487 (traducción libre).

Por su parte, Anghie sostiene que para los positivistas los tratados y la costumbre reemplazan el derecho natural (bases teleológicas) y se constituyeron como fuentes del derecho internacional. Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, 44.

<sup>14</sup> Becker, “Universal International Law”, 495.

<sup>15</sup> David Kennedy, “International Law and the Nineteenth Century: History of an Illusion”. *Quarterly Law Review* 17 (1997): 113.

de justicia, moralidad y razón humana.<sup>16</sup> Por sus características, ese derecho internacional natural se aplicaba a todas las personas o naciones, sin distinguir si eran o no europeas.<sup>17</sup> En respuesta a estos postulados, en el siglo XIX, el positivismo reconstruyó el derecho internacional, asumiéndolo como una creación de la voluntad soberana.<sup>18</sup> Asimismo, estableció al Estado como el principal sujeto internacional, y a la soberanía como su eje y causa del despliegue de sus poderes. Así, el soberano era la máxima autoridad y solo estaba vinculado por lo dispuesto voluntariamente.<sup>19</sup>

La soberanía como un atributo angular del Estado se fortaleció con el “encuentro colonial”, como lo denomina Anghie, representante del movimiento sobre las aproximaciones del Tercer Mundo al Derecho Internacional (TWAIL, por sus siglas en inglés),<sup>20</sup> que marcó el curso de las relaciones entre dos sujetos desiguales: un Estado y un territorio no estatal.<sup>21</sup> Ese atributo como exclusivo de los Estados dio espacio a categorizaciones entre Estados europeos y no europeos, y sociedades civilizadas y no civilizadas.<sup>22</sup> Con esas categorizaciones, los Estados de occidente se apropiaron del derecho internacional para obtener ciertas regulaciones, impulsando la transformación de la percepción de debilidad sobre el inversionista extranjero en un sesgo de debilidad reflejado en la creación de normas para protegerlo. La soberanía, como una meta por alcanzar de los Estados no reconocidos, los conminaba a cumplir con los estándares de las sociedades civilizadas, que coincidían con la creación de un sesgo estructural en la regulación de la inversión extranjera, alineado con la aparente debilidad del inversionista extranjero.

Ese sesgo estructural a favor del inversionista extranjero, a la luz de la aproximación de los estudios TWAIL, sugiere su carácter inescapable en el derecho

<sup>16</sup> Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, 35, 41 y 42.

<sup>17</sup> *Ibid.*, 35 y 20.

<sup>18</sup> *Ibid.*, 33.

<sup>19</sup> *Ibid.*, 35.

<sup>20</sup> TWAIL es un movimiento político e intelectual, cuyas aproximaciones coinciden en oponerse al orden global injusto, tomando como énfasis el interés por aliviar o calmar las injurias y daños que el tercer mundo ha sufrido debido a la existencia de un orden legal internacional político y económicamente injusto. Makau Mutua, “What is TWAIL?”. *American Society International Law Proceedings* 94, n.º 31 (2000): 36. Véase, además: Antony Anghie y B. S. Chimni, “Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflict”. *Studies Transnational Legal Policy* 36, n.º 185 (2004); Antony Anghie, TWAIL: Past and Future, *International Law Community Law Review* 10 (2008).

<sup>21</sup> Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, 64.

<sup>22</sup> De acuerdo con Anghie, esta categorización tiene su contexto de formación con Francisco Vitoria, al establecer que las diferencias culturales entre los indios y los europeos justificaban la expansión del *ius gentium* a los indios, con el fin de que alcanzaran los estándares universales. *Ibid.*, 28-30

internacional de la inversión extranjera. Para ese movimiento, el encuentro colonial se constituyó en un eje fundamental para la formación de un derecho internacional basado en inequidades.<sup>23</sup> Precisamente, las distinciones usadas en ese encuentro facilitaron la imposición y condicionamiento de los Estados de occidente sobre los de reciente formación, difundiendo una idea de universalidad del derecho internacional a la cual era difícil escapar.<sup>24</sup> La resistencia de los Estados del tercer mundo se vio opacada por el uso estratégico de pilares angulares a ese encuentro colonial, como fue la soberanía. El ideal de alcanzar ese atributo propició la incorporación estructural del sesgo de debilidad en la regulación diseñada para el inversionista extranjero, dado que era un prerrequisito aceptar el marco jurídico que los Estados europeos habían impulsado a fin de ser reconocidos como sujetos soberanos,<sup>25</sup> con el aditivo de que esa estructura asimétrica del derecho internacional se conserva inherente al mismo, actuando en beneficio del sesgo de debilidad a favor del inversionista.<sup>26</sup>

A continuación se explora cómo ese uso de la soberanía y de las categorizaciones construidas a su alrededor contribuyó a la formación de esa percepción de debilidad y su consecuente transformación en un sesgo, mediante la celebración de tratados inequitativos, caracterizados por el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial, y los recíprocos, que incluyeron el uso de la fuerza en ciertos eventos.

*Los tratados inequitativos y el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial*

El desarrollo del positivismo en el siglo XIX estableció la distinción entre los Estados con pleno reconocimiento y aquellos que no lo tenían en su integridad, teniendo gran peso para tal distinción el estándar de la civilización difundido por la sociedad europea.<sup>27</sup> Con los Estados que no eran plenamente reconocidos se celebraron tratados inequitativos, bien fuera por su oposición al capitalismo occidental (China, Japón, Siam y otros), o por ser dudosa su personalidad jurídica, lo que cuestionaba su igualdad jurídica.<sup>28</sup> En principio, la validez de los tratados entre Estados europeos y una entidad no soberana desafiaba la solidez del positivismo, pues ellos no podían incorporarse al universo del derecho internacional, dado que una de las partes no era plenamente soberana.<sup>29</sup> No obstante, su desconocimiento arriesgaba la predictibilidad y estabilidad jurídica, que los

<sup>23</sup> Anghie y Chimni, "Third World Approaches", 192.

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, 312-313.

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> Becker, "Universal International Law", 495-496.

<sup>28</sup> *Ibid.*, 504.

<sup>29</sup> Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, 70.

Estados europeos pretendían asegurar para sus nacionales en el extranjero y para sus propios intereses, las cuales venían construyéndose desde el siglo XV.<sup>30</sup> De esa manera, la doctrina del reconocimiento construida con los “estándares de la civilización”<sup>31</sup> les permitió, a los que no los alcanzaban, ser reconocidos como miembros parciales, y por ende adquirir la capacidad de celebrar tratados.<sup>32</sup> Al mismo tiempo, ese estatus abrió paso a la incorporación del sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero en el derecho internacional.

Es preciso distinguir, en el marco de los tratados inequitativos, el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero y su antecesora, la percepción de debilidad. Estos tratados son una manifestación del sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero, en consideración del tipo de provisiones negociadas. En ellos se reconocieron unilateralmente la libertad de comercio, los privilegios de los comerciantes extranjeros, la seguridad del comercio a gran escala, los derechos de inversión, el acceso comercial no discriminatorio al Estado receptor y el otorgamiento de las concesiones a las compañías extranjeras, la protección a las misiones cristianas y las cesiones de territorio a los Estados extranjeros.<sup>33</sup> Sin embargo, lo anterior no fue suficiente, pues en esos tratados se propició una regulación mucho más ventajosa para el inversionista extranjero, que pretendió afianzar y expandir el alcance del sesgo de debilidad sobre este sujeto. Así, estos instrumentos incorporaron la jurisdicción extraterritorial. Con ello, las controversias de los nacionales en el extranjero se tramitaban mediante los consulados y con la aplicación del derecho doméstico al cual pertenecía el nacional.<sup>34</sup>

En las motivaciones del ejercicio de la jurisdicción extraterritorial en los tratados inequitativos se encuentra la creación de la percepción de debilidad a favor del inversionista extranjero. En principio, la jurisdicción extraterritorial sugiere un desafío al sometimiento del nacional extranjero a la jurisdicción del Estado receptor y a la integridad del derecho doméstico de este.

No obstante, la creación de la percepción de debilidad surgió porque para los Estados del primer mundo la riqueza o el poder de los inversionistas extranjeros eran insuficientes ante los riesgos políticos, económicos y sociales, así como por la inmadurez de los sistemas judiciales de los Estados en reciente formación. Aunado a ello, el intento de los nuevos Estados por consolidar su indepen-

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> *Ibid.*, 85; Becker, “Universal International Law”, 495-496.

<sup>32</sup> Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, 76.

<sup>33</sup> Miles, “International Investment Law”, 5-7.

<sup>34</sup> *Ibid.*, 7.

dencia los impulsó a resistirse ante las provisiones promovidas por los Estados de occidente para proteger a los inversionistas, toda vez que los Estados del tercer mundo se orientaban por la aplicación de un tratamiento en igualdad de condiciones para nacionales y extranjeros, negando la existencia de un estándar mínimo internacional de trato para el inversionista.<sup>35</sup>

Otro elemento que nutrió la percepción de debilidad a favor del inversionista extranjero y su consecuente transformación en un sesgo de debilidad fue la incipiente protección del derecho internacional para sujetos distintos de los Estados, pues no facultaba al inversionista extranjero para defender directamente sus intereses. Por tal razón, la vulnerabilidad del inversionista extranjero frente al Estado receptor no podía dejarse a la suerte de este, por lo que la aplicación de la jurisdicción extraterritorial fue una alternativa. De ese modo, los Estados de occidente se apoyaron en el derecho internacional y suplieron directamente las falencias que tenía frente al nacional extranjero. Ese recurso a la celebración de tratados con la inclusión de la jurisdicción extraterritorial sugiere que el inversionista extranjero era incapaz de enfrentarse por sí solo, y sin apoyo del derecho internacional, al Estado receptor. Así, la percepción de debilidad a favor del inversionista extranjero se transformó en un sesgo de debilidad reflejado normativamente en los tratados inequitativos.

*Los tratados recíprocos y el uso de la fuerza en las relaciones comerciales*

La celebración de tratados entre los Estados europeos y los reconocidos se realizó en medio de una reciprocidad o aparente igualdad formal, sin impedir el uso de la fuerza. De esta forma se desarrolló un valioso insumo para avanzar de una percepción de debilidad hacia un sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero. Bajo esa aparente igualdad formal, el sesgo de debilidad se refleja en los tratados de amistad, comercio y navegación,<sup>36</sup> mediante la garantía para los inversionistas y comerciantes de condiciones adecuadas para ejercer sus actividades. Así, se concedió a los extranjeros el derecho a viajar, residir y conducir el comercio, se impusieron límites a los impuestos sobre los bienes importados y exportados, se estableció la protección a la propiedad privada de los extranjeros, a sus vidas y libertades privadas, y se incorporó la cláusula de la nación más favorecida.<sup>37</sup> En general, este tipo de tratados no reconocieron la

<sup>35</sup> *Ibid.*, 17.

<sup>36</sup> Estos tratados de amistad, comercio y navegación facilitaron la presencia intrusiva en las naciones no europeas, como consecuencia del aumento del comercio y las inversiones. Esto permitió que las interpretaciones de estos tratados se impusieran en los Estados receptores. *Ibid.*, 6. Véase también: Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 180.

<sup>37</sup> Becker, "Universal International Law", 517.

jurisdicción consular, es decir, el ejercicio de jurisdicción extraterritorial a favor del nacional en el extranjero. En su lugar, los Estados europeos y los Estados Unidos ejercieron de forma abrumadora la protección diplomática con el uso de la fuerza. De hecho, esos Estados usaron agresivamente su arsenal diplomático para representar a sus nacionales en controversias en Latinoamérica, así como para asegurar el pago de una compensación a sus nacionales injuriados.<sup>38</sup>

En el contexto de esa igualdad formal, el claro interés de los Estados por regular derechos con exclusión de obligaciones internacionales para el inversionista extranjero es un reflejo del sesgo de debilidad. Ahora bien, el uso de la fuerza para proteger al inversionista extranjero está ligado a la percepción de debilidad sobre ese sujeto, impulsada por los Estados de occidente para protegerlo internacionalmente bajo una aparente debilidad. El empleo de la fuerza denota que los Estados no asumían que el capital de los inversionistas extranjeros era suficiente para la defensa de sus intereses en el Estado receptor. Crear esa debilidad era importante, pues el inversionista, debido a su poder económico, era un medio para difundir en el exterior el proyecto imperialista. Sin embargo, fungir como un elemento representativo del Estado, sumado a su poder económico, no era suficiente para liderar su propia defensa. Su capacidad económica no podría suplir la carencia de atribuciones soberanas. En consecuencia, con la percepción de debilidad a favor del inversionista extranjero, los Estados del primer mundo recurrieron a las armas como un monopolio de su uso exclusivo para defender los intereses de sus inversionistas. Alimentar la aparente debilidad de estos sujetos en territorios extranjeros sustentaba su protección internacional, tanto por la vía pacífica como por la fuerza. Por lo tanto, conferirles a las corporaciones facultades de resorte público las alejaba de esa supuesta debilidad, situándolas como amenazas para los Estados.

De hecho, desde el siglo XVII, los Estados de occidente crearon corporaciones con capital público y privado. Con ellas expandieron sus actividades comerciales en los territorios no europeos y contuvieron el poder de ciertas monarquías occidentales.<sup>39</sup> Para tal objetivo, a las corporaciones como la Dutch East India Company, East India Company (Reino Unido) y Vereenigde Westindische Compagnie (Holanda) les confirieron personalidad jurídica, a fin de caracteri-

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> La Dutch East India Company fue creada por el Reino Unido, en cooperación con capital privado, como un instrumento nacional de lucha que combatiría el poder de España y Portugal. Claudia Schnurmann, “Wherever profit leads us, to every sea and shore...”: The VOC, the WIC, and Dutch Methods of Globalization in the Seventeenth Century”. *The Society for Renaissance Studies* 17, n.º 3 (2003): 479.

zarlas como una extensión de la Corona o un álter ego de la misma,<sup>40</sup> mediante las cédulas reales.<sup>41</sup> Con la delegación de poderes soberanos reservados a la Corona, lograron lo siguiente: concluir acuerdos internacionales,<sup>42</sup> tomar acciones militares relacionadas con la conquista militar, construir fortines,<sup>43</sup> hacer la paz y la guerra con los nativos y acuñar la moneda.<sup>44</sup> Dados sus poderes en los territorios colonizados, se concibieron como la representación política de la Corona.<sup>45</sup> Con posterioridad, esas facultades les fueron retiradas.

Ese retiro de facultades supone que la percepción de debilidad a favor del inversionista extranjero, como antecedente del sesgo de debilidad a su favor, no pretendió transferirle un núcleo de facultades exclusivas de los Estados. Las facultades conferidas a las corporaciones muestran que los intereses públicos de los poderes imperiales podrían ser garantizados por estas. Sin embargo, estos Estados imperialistas comprendieron que el poder conferido a estos actores superaba las necesarias atribuciones para la defensa de sus intereses y los alejaba de su aparente debilidad. La atribución de facultades soberanas a las CTN las colocaba en una posición ventajosa frente a los Estados, y era incompatible con la transformación de la percepción de debilidad en un sesgo de debilidad expresado en una regulación internacional en beneficio de este sujeto. Si conservaba esas atribuciones públicas sería, más que un sujeto vulnerable, una amenaza para la posición dominante de los Estados.

En conclusión, la formación de la percepción de debilidad a favor del inversionista extranjero en el siglo XIX estuvo impulsada por el proyecto expansivo de los Estados de occidente en los territorios no europeos. Ello no excluye la contribución a tal formación de los Estados de reciente formación, pues tenían intereses económicos ligados al inversionista extranjero.<sup>46</sup> El interés de los Estados de occidente de proteger los intereses económicos de un sujeto poderoso tuvo en su base la formación de su percepción de debilidad como justificación para ello. De hecho, el inversionista era un sujeto clave para la expansión de los Estados en los territorios extranjeros, pues eran un símbolo de

<sup>40</sup> *Ibid.*, 477.

<sup>41</sup> Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, 68.

<sup>42</sup> Schnurmann, “Wherever profit leads us”, 477 y 480.

<sup>43</sup> Miles, “International Investment Law”, 12.

<sup>44</sup> Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, 68.

<sup>45</sup> Miles, “International Investment Law”, 12.

<sup>46</sup> Yadira Castillo, “La actividad del empresario extranjero en la República de Colombia: 1821-1827”, en *Perspectivas contemporáneas en la investigación jurídica*, coordinado por Helena Alviar García (Bogotá: Universidad de los Andes, 2012), 75-98.

su presencia y poder. Crearle al inversionista extranjero esa percepción facilitaba su protección al jugar como un contrapeso frente a su poder económico.

### **El ejercicio de la protección diplomática y la doctrina de la responsabilidad internacional de los Estados por daños a los extranjeros**

La responsabilidad del Estado por daños a los extranjeros comprende un conjunto de normas de derecho internacional<sup>47</sup> que incluyen el tratamiento dado a los inversionistas extranjeros. La exigibilidad de tal responsabilidad en el siglo XIX se limitó al ejercicio de la protección diplomática sin excluir el uso de la fuerza. Para este período, el inversionista encontró en el Estado su mayor escudo, a falta de herramientas internacionales para defender por sí mismo sus intereses. En ese sentido, el ejercicio de la protección diplomática y la remisión al derecho internacional consuetudinario para protegerlo son una manifestación del sesgo de debilidad a su favor, que guarda en sus motivaciones la gestación de una percepción de debilidad.

La protección diplomática consiste en la reclamación que hace un Estado en relación con uno de sus nacionales, debido a la violación al derecho internacional de la cual fue víctima su nacional en otro Estado.<sup>48</sup> Su desarrollo lo impulsó Vattel, uno de los primeros en referirse al estatus de los extranjeros.<sup>49</sup> En su obra *The Law of Nations* consideró que el extranjero estaba sometido al derecho local y que el Estado receptor debía protegerlo como a un ciudadano.<sup>50</sup> Asimismo, la protección del Estado del nacional extranjero se extendía a sus propiedades y a su persona en el extranjero.<sup>51</sup> Por ello, un maltrato del Estado al extranjero o a su propiedad se constituía en una injuria al Estado al cual pertenecía,<sup>52</sup> y causaba la responsabilidad del Estado huésped.<sup>53</sup> El derecho

<sup>47</sup> Sornarajah, *The International Law of Foreign Investment*, 120.

<sup>48</sup> Andrew Newcombe y Lluís Paradell, "Historical Development of Investment Treaty Law", en *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment* (Holanda: Kluwer Law International, 2009), 4-5.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 4. Emerich de Vattel, *The Law of Nations*, traducción al inglés de Joseph William Chitty (Philadelphia: T. & J. W. Johnson & Co., 1858), libro II, capítulo VIII, §100, citado en Newcombe.

<sup>50</sup> *Ibid.*

<sup>51</sup> *Ibid.*

<sup>52</sup> *Ibid.* Véase también: Richard Lillich, ed., *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens* (Estados Unidos: University Press of Virginia, 1983), 2.

<sup>53</sup> Entre 1956 y 1961, García Amador, como relator especial de la Comisión de Derecho Internacional, presentó un proyecto para la codificación de los principios del derecho internacional aplicables a la responsabilidad internacional del Estado. El proyecto se enfocó en la responsabilidad del Estado en relación con los extranjeros y en definir los actos y omisiones que podría causar tal responsabilidad. Entre las conductas se encuentra: la negación de justicia y ciertos actos similares, negligencia y omisiones relacionadas con la protección del extranjero en el territorio del Estado y violaciones a los derechos económicos de los extranjeros, tales como medidas expropiatorias, la no ejecución de obligaciones contractuales y repudiación o cancelación de deuda pública. Daniel

internacional reconoce que los extranjeros están sujetos a la legislación del país en el que se establecen. No obstante, si el Estado viola el estándar mínimo de trato para la persona o propiedad de un extranjero, el Estado del cual es nacional puede intervenir si lo considera pertinente.<sup>54</sup>

La protección para el nacional en el extranjero con sustento en el derecho internacional demanda una carga de obligaciones para los reclamantes. Asimismo, una amplia discrecionalidad del Estado que instaure la reclamación. En efecto, la activación de la protección diplomática requiere que el nacional extranjero agote los recursos domésticos del Estado donde sufrió la violación.<sup>55</sup> Entonces, mediante una ficción, el Estado asume que los daños sobre el particular son daños que recaen en él (como soberano). Ello implica que la representación del particular conduce a una reclamación interestatal, requiriendo que aquel se adhiera a las condiciones de presentación de la reclamación diplomática o judicial.<sup>56</sup> Pese a las dificultades que esos requerimientos representaban para los Estados y los intereses económicos de por medio, la protección diplomática es una manifestación del sesgo de debilidad, que tiene sus antecedentes en la creación de la percepción de debilidad a favor del inversionista, como ya se ha dicho. Desde la percepción de debilidad, los Estados de occidente asumían que el inversionista era débil e incapaz de defenderse por sí solo ante las vicisitudes de los Estados de reciente creación, máxime cuando el derecho internacional carecía de un engranaje para el inversionista a fin de defender de forma directa sus intereses. Ante ese escenario, los Estados llevaron la percepción de debilidad a otro nivel, esto es, la expresaron en un sesgo que fue incorporado en el ejercicio de la protección diplomática. De esta forma, los Estados asumieron de forma directa la defensa de los intereses del inversionista extranjero.

El reflejo del sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero se concreta en el ejercicio de la protección diplomática, mediante la doctrina clásica de responsabilidad de los Estados por daños a los extranjeros y sus propiedades, con los cuales ligó su contenido y eficacia. Los Estados de occidente difundieron la doctrina de responsabilidad de los Estados como consuetudinaria

---

Muller, "The Work of García Amador on State Responsibility for Injury Caused to Aliens", en *The Law of International Responsibility*, editado por James Crawford, Alain Pellet y Simon Olleson (Nueva York: Oxford University Press, 2010), 71.

<sup>54</sup> F. V. García Amador, Louis Sohn y R. R. Baxter, *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens* (Estados Unidos: Oceana Publications INC, 1974), 4.

<sup>55</sup> Samuel Asante, "International Law and Foreign Investment: A Reappraisal". *International & Comparative Law Quarterly* 37 (1988): 590.

<sup>56</sup> Kenneth Vandeveld, "A Brief History of International Investment Agreements", en *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Taxation Treaties, and Investment Flows*, editado por Karl Sauvant y Lisa Sachs (Nueva York: Oxford University Press, 2009), 6.

y mediadora de la conservación de las condiciones de orden y seguridad del comercio internacional,<sup>57</sup> adquiriendo tanta relevancia que intentó codificarse en 1930.<sup>58</sup> Tal doctrina se apoyó en el estándar mínimo internacional de trato para el inversionista, con este se exigía a los nuevos Estados la aceptación de un estándar de rango consuetudinario que protegía al inversionista, más allá de un trato en igualdad de condiciones entre nacionales y extranjeros predicado por los Estados en desarrollo.

De ese modo, los insumos para ejercer la protección diplomática eran la forma como los Estados le daban a la percepción de debilidad un contenido normativo, impulsando su transformación en un sesgo estructural incorporado en la regulación dada para este sujeto. La remisión al derecho consuetudinario para proteger al inversionista denota que la vulnerabilidad del inversionista necesitaba ser arropada por ese tipo de derecho para contener la resistencia de los Estados receptores, pues el inversionista no podría sobrevivir por sí solo y sin ese marco normativo ante el poder regulatorio del Estado receptor, opuesto a las necesidades o intereses de ese sujeto. Con ese tipo de normas era posible conminarlos al cumplimiento de una norma de carácter general, so pena de ser responsables por su inobservancia.<sup>59</sup> Adicionalmente, los Estados de occidente se apoyaron en la doctrina de sucesión de Estados y de los derechos adquiridos, con el argumento de su vinculación para todo sujeto soberano, con el fin de mantener las condiciones de los contratos de concesión.<sup>60</sup>

Para mediados del siglo XX, la figura de la protección diplomática lucía desgastada e insuficiente para defender los intereses de los inversionistas extranjeros.<sup>61</sup> Bajo sus linderos, el inversionista estaba subordinado a la discrecionalidad del Estado del cual era nacional. En su reemplazo, el sesgo de debilidad a favor del inversionista se expresó en el derecho de la inversión extranjera, articulado en especial en los tratados bilaterales de inversión extranjera. Mediante estos tratados, el inversionista sería facultado para acudir al arbitraje internacional, obviando en ocasiones el agotamiento de recursos internos. Esta reafirmación del sesgo de debilidad a favor del inversionista adquirió un mayor alcance en la década de los noventa. Esto es, se incorporó en un universo de

<sup>57</sup> Lillich, *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, 3.

<sup>58</sup> Muller, "The Work of García Amador", 70.

<sup>59</sup> Naciones Unidas, Commission on Transnational Corporations, Work on the formulation of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations, Outstanding issues in the draft Code of Conduct on Transnational Corporations, E/C.10/1985/S, 23 de mayo de 1985.

<sup>60</sup> Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, 213.

<sup>61</sup> Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law* (Nueva York: Oxford University, 2007), 50.

instrumentos edificados sobre tal sesgo, que excluye obligaciones internacionales para el inversionista extranjero con la consecuente responsabilidad internacional.

## CONCLUSIONES

La formación de la percepción de debilidad a favor del inversionista no es exclusiva de los tratados contemporáneos de inversión extranjera o del Código de Conducta. Más que ello, la percepción de debilidad se gesta en las prácticas coloniales de los Estados de occidente, con la idea de brindarles a sus nacionales en el extranjero una protección internacional. Ese auxilio fue impulsado por la contribución de este sujeto con el proyecto imperialista. Sin embargo, el poder económico del inversionista necesitaba ser neutralizado para justificar su protección. En ese sentido, la percepción de debilidad sobre el inversionista denotaba que el poder económico de este sujeto no era suficiente para garantizar la defensa de sus intereses en el exterior, pues la carencia de atribuciones soberanas lo ponía en desventaja en el Estado receptor. Aunado a ello, la percepción en sí misma no le brindaba una protección internacional al inversionista; en consecuencia, fue necesaria su transformación en un sesgo estructural alineado con la aparente debilidad del inversionista, disponiendo la regulación de derechos para este sujeto con la exclusión de obligaciones internacionales. Así, el sesgo de debilidad a favor del inversionista se apoyó en el derecho internacional porque este facilitó el control sobre las facultades regulatorias del Estado receptor, ya sea con el uso de la fuerza o por vía pacífica. En ese sentido, los canales diplomáticos o la celebración de tratados inequitativos o recíprocos fueron expresiones del sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero.

La difusión de la aparente debilidad del inversionista no solo fue una tarea emprendida por los Estados de occidente. La independencia de los Estados del tercer mundo se condicionó a la aceptación de unas doctrinas promovidas por los Estados de occidente en beneficio de los inversionistas extranjeros. Su intención de emanciparse del pasado colonial no fue del todo victoriosa. Su estatus soberano los ponía en desventaja si rechazaban las concepciones del derecho internacional difundidas por sus antecesores. El rechazo absoluto tenía un alto costo, crearles trabas para ingresar al mundo de las relaciones internacionales. Al tiempo, crearía una mala atmósfera de cara al ambiente de confianza que querían orquestar para el extranjero, considerado una alternativa para el crecimiento económico.

## EL NUEVO ORDEN ECONÓMICO INTERNACIONAL: UN DESCONTENTO PARA EL SESGO DE DEBILIDAD

### INTRODUCCIÓN

En el capítulo anterior se indicó que la percepción en sí misma era insuficiente para garantizarle al inversionista la defensa de sus intereses, por ello fue necesaria su transformación en un sesgo implícito en la regulación del inversionista extranjero. Este capítulo estudia el momento previo que originó el mayor desafío al sesgo de debilidad. Así, en el Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI), la tendencia a regular derechos con exclusión de obligaciones internacionales para las CTN pareció truncarse por el liderazgo de los Estados en desarrollo. Su capacidad de negociación puso la balanza a su favor, y con ello un interés por cuestionar el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero, en dos sentidos: en primer lugar, desde el proceso de descolonización, las tensiones entre los Estados en desarrollo y desarrollados, a la luz del sesgo de debilidad, se enfocaron en el alcance del derecho internacional para proteger al inversionista. En el Nuevo Orden se pretendió restringir esa protección internacional, otorgando derechos para el inversionista en el derecho interno, como ocurrió con el tema de la expropiación. La idea de encuadrar las facultades expropiatorias en el marco doméstico y en cortes locales era un ataque al espectro de protección ganado por el sesgo de debilidad. Este debate se estudiará con detalle, pues las diversas causas que confluyeron para proponer un giro regulatorio sobre las CTN apuntaban a regular la expropiación.

En segundo lugar, los Estados en desarrollo propusieron la creación de un Código de Conducta de las Naciones Unidas para las CTN, con la inclusión de obligaciones internacionales a su cargo. En efecto, el Nuevo Orden fue el escenario que afianzó la necesidad de darle un giro a la regulación, con un sentido unidireccional para esos sujetos, creadora de marcos segmentados y dispares; con ello buscaban uniformidad en las regulaciones bilaterales y multilaterales. En ese proceso de negociación se hizo más evidente que los impactos negativos de las corporaciones transnacionales no podrían ser controlados con instrumentos internacionales diseñados para proteger la aparente debilidad del inversionista extranjero. No obstante, como se verá en el siguiente capítulo, esta pretensión no significó la creación de su responsabilidad internacional, aunque

pudo convertirse en su sustento, dado que se orientó a imponerle directamente a las corporaciones transnacionales obligaciones internacionales, consagrando mecanismos de exigibilidad.

Dado que el Nuevo Orden es un momento crucial en el derecho internacional, este capítulo explora las motivaciones asociadas a la creación de ese instrumento con énfasis en el giro regulatorio sobre las CTN. Es preciso aclarar que esas motivaciones influyen tanto en la necesidad de crear un NOEI como en proponer un Código de Conducta. Es decir, el análisis del Código de Conducta de las Naciones Unidas para las corporaciones transnacionales no se puede desligar de las causas que motivaron el Nuevo Orden; en ambos instrumentos, el rol de las compañías transnacionales establecía agendas compartidas. Para lo anterior se propone estudiar: a) la crisis petrolera del 73; b) el descontento de los Estados en desarrollo con las CTN, y c) los riesgos para la expropiación con el modelo de sustitución de importaciones.

#### EL DESAGRADO DEL NUEVO ORDEN ECONÓMICO INTERNACIONAL CON EL SESGO DE DEBILIDAD

La iniciativa de negociación tuvo lugar el 30 de enero de 1974, en la Asamblea General de las Naciones Unidas. La negociación concluyó con una declaración y un programa de acción para establecer un Nuevo Orden Económico Internacional bajo las resoluciones 3201 (S-VI) y 3202 (S-VI), respectivamente, complementadas, además, por la Carta de Derechos y Deberes de los Estados de 1974. El presidente de Algeria requirió una sesión especial para estudiar los problemas de las materias primas y el desarrollo. En su mensaje indicó que la segunda década de desarrollo de las Naciones Unidas no tuvo éxito. Por el contrario, mostró ausencia de cooperación, actitudes de rechazo de algunos Estados desarrollados, saqueo de los Estados en desarrollo por las compañías transnacionales y monopolios, entre otros.<sup>1</sup>

Los Estados en desarrollo, representados por el Grupo de los 77 (Estados latinoamericanos y emergentes de Asia y África),<sup>2</sup> mostraron enfáticamente su descontento frente a los vestigios de la colonización. La independencia no fue la solución a sus problemas, por el contrario, la insuficiencia de las décadas del

<sup>1</sup> Naciones Unidas, "Economic and Social Questions: Questions Concerning Establishment of a New International Economic Order", en *Yearbook of the United Nations*, vol. 28 (Nueva York: Office of Public Information-United Nations, 1974), 305.

<sup>2</sup> Para conocer los integrantes del grupo, consultar: Karl Sauvant, "The Collected Documents of The Group of 77: The Third World Without Superpowers", vol. I, 2ª ed. (Nueva York: Oceana Publications, 1981), 19.

desarrollo declaradas por la ONU insinuaba los impactos adversos de las relaciones económicas internacionales establecidas con la internacionalización de la economía. Esto causó una división internacional del trabajo entre los países exportadores e importadores.<sup>3</sup> Esa dinámica se facilitó por los desequilibrios de la Revolución Industrial, impulsados desde el sistema colonial y la explotación de recursos en manos de actores corporativos protegidos por el libre comercio.<sup>4</sup> Así, los desequilibrios eran el resultado de un orden económico, anterior al surgimiento de los Estados en desarrollo, diseñado para perpetuar las inequidades.<sup>5</sup>

Ante este panorama, los Estados en desarrollo querían cambiar el orden económico existente, buscando un giro regulatorio en su beneficio. Para ese fin, la Organización de las Naciones Unidas se convirtió en el escenario que arropó sus inconformidades y reclamos. Para esos Estados representó la formulación de cambios desde afuera hacia dentro, los cuales entrarían a fortalecer el ejercicio de su soberanía regulatoria sobre los recursos naturales y sus relaciones con los Estados desarrollados.<sup>6</sup> Ellos pretendían modificar las relaciones con los Estados desarrollados, estableciendo relaciones de interdependencia basadas en la cooperación, más que en la dependencia vertical.<sup>7</sup> En busca de ese objetivo, consideraron necesaria la modificación del sentido unidireccional y beneficioso de la regulación dada a las CTN, atacando el sesgo de debilidad a favor de estos sujetos. Según sus posturas, estos actores obstaculizaban su progreso, dado que

<sup>3</sup> Oswaldo de Rivero, *The New Economic Order and International Development Law* (Oxford: Pergamon Press, 1980), 1.

<sup>4</sup> El proceso de internacionalización de la economía marcó las diferencias entre los países exportadores e importadores. Los primeros fueron vistos como los exportadores de manufacturas, tecnología y capital. Los segundos eran percibidos por ser oferentes de recursos naturales y por estar especializados en la producción y exportación de bienes primarios y mercancías que podrían ser producidas con bajo precio, debido al bajo costo de la mano de obra. *Ibid.*

<sup>5</sup> F. V. García Amador, "The Proposed New International Economic Order: A New Approach to the Law Governing Nationalization and Compensation". *Lawyer of the Americas* 12, n.º 1 (1980): 11-12.

<sup>6</sup> David Kennedy, "The Rule of Law: Political Choices and Development Common Sense", en *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, editado por David Trubek y Álvaro Santos (Nueva York: Cambridge University Press, 2006), 113 y 114.

Para la década de los ochenta, el rol del Estado en la economía se preparaba para sufrir una transformación. El Consenso de Washington propuso un modelo neoliberal caracterizado por la puesta en marcha de una economía de mercado. Los Estados en desarrollo desplazaron su propósito de ejercer la soberanía regulatoria para comprometer a las CTN en la materialización de sus metas de desarrollo económico, mediante la restricción de derechos y la creación de obligaciones internacionales. En su lugar, las instituciones financieras internacionales presionaron a esos Estados para eliminar restricciones a la inversión extranjera, al otorgamiento de licencias, recorte de tarifas, aranceles, etc., a fin de garantizar el libre movimiento de capitales. El papel regulador del Estado se concentró en propiciar un buen ambiente para la inversión extranjera y participar en la economía global. *Ibid.*, 129-139.

<sup>7</sup> La reestructuración de esas relaciones tenía como fin reafirmar principios como la igualdad soberana de los Estados; la autodeterminación y no intervención; la asistencia para los Estados en desarrollo, personas y territorios bajo colonización y dominación extranjera. García, "The Proposed New International Economic Order", 15.

explotaban los recursos naturales bajo condiciones ventajosas, promovidas por los Estados desarrollados desde la colonización. Aunado a ello, en el Nuevo Orden otras causas propiciaron sus reclamos en contra de las corporaciones transnacionales; con ello se preparaba el mayor desafío para el sesgo de debilidad. Entre las causas se encuentran: la crisis petrolera del 73, la tendencia de los Estados en desarrollo a implantar modelos nacionalistas, las expropiaciones aplicadas a las inversiones extranjeras y el descontento por los impactos negativos de esos sujetos en los Estados receptores de la inversión.

Para los Estados en desarrollo, el giro regulatorio se concentró en convertir la Asamblea General de las Naciones Unidas en la plataforma para reforzar sus facultades regulatorias soberanas, a fin de comprometer a las CTN con la materialización de los objetivos de desarrollo económico estatal.<sup>8</sup> Era ese escenario el que les permitiría avanzar en la reconfiguración del orden económico existente, en temas clave como la expropiación o el ejercicio de la soberanía sobre los recursos naturales bajo sus condiciones, y no bajo las impuestas por los Estados desarrollados, entre otras. Asimismo, orquestaron el escenario para la formulación del Código de Conducta de las Naciones Unidas para las corporaciones multinacionales, planteando la inclusión de obligaciones, con alguna exigibilidad para estos sujetos. De tal manera, las causas para proponer un NOEI interactuaron con las causas para proponer el Código de Conducta de las Naciones Unidas para las compañías transnacionales, lo cual denota el rol jugado por estos sujetos en ambos procesos de negociación. A continuación se exploran las causas que impulsaron los reclamos de los Estados en desarrollo para dar un giro en la regulación de las CTN, dado que ellas propiciaron la desestabilización del sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero.

### **La crisis petrolera del 73<sup>9</sup>**

Esta crisis respaldó a los Estados en desarrollo en su intento por desestabilizar el sesgo de debilidad a favor de las corporaciones multinacionales, dado que incidió en la capacidad de negociación de estos Estados, propiciando el ataque a la regulación unidireccional de las CTN en el derecho internacional. Gracias a la crisis, los Estados exportadores de petróleo demostraban su capacidad para modificar la regulación de las compañías multinacionales como las principales explotadoras de ese recurso, consiguiendo controlar los precios de venta y

<sup>8</sup> Kennedy, "The Rule of Law", 116.

<sup>9</sup> Entre el año 1973 y 1974, los países productores de petróleo triplicaron los precios del petróleo. Horacio Adame Hernández y Martha Guadalupe Alcalá Carenzo, *La OPEP y la dinámica del mercado petrolero mundial* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1988), 43-44.

causar una crisis global. De hecho, el aumento de los precios internacionales del petróleo por parte de los países exportadores pareció invertir la balanza de poderes. Con ello se mostró la dependencia de los Estados desarrollados respecto a los recursos naturales de los Estados en desarrollo. Asimismo, la crisis fortaleció los reclamos de los Estados en desarrollo en el Nuevo Orden, en relación con la regulación de las CTN vinculada con la extracción de recursos naturales. Por ejemplo, el Perú indicó que la riqueza y crecimiento de los países industrializados dependía en forma considerable de la extracción de los recursos naturales de los Estados en desarrollo.<sup>10</sup> Algeria señaló que ese reajuste de precios mostraba la capacidad de control de los Estados exportadores respecto a las materias primas básicas que necesitan Estados desarrollados.<sup>11</sup> Colombia, con una postura más crítica, expresó que por dos décadas, desde 1947 hasta 1969, el precio del barril permaneció por debajo de los dos dólares, y ese precio —junto con el bajo precio de otras materias primas— contribuyó a la reconstrucción de Europa y a su prosperidad. Este bienestar fue conseguido como consecuencia de la división internacional del trabajo heredada desde los primeros años del capitalismo colonial.<sup>12</sup>

La crisis petrolera incidió en el fortalecimiento de los Estados en desarrollo en el NOEI, y en consecuencia en su intento por cuestionar el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero. Estos Estados consideraban a los países exportadores de petróleo como los vindicadores de sus aspiraciones hacia una efectiva interdependencia.<sup>13</sup> Para ellos, estos Estados presionaron la reorganización integral de la estructura injusta del comercio internacional, mantenida por los Estados poderosos con ayuda de las CTN.<sup>14</sup> Bajo sus consideraciones, los impactos de la crisis petrolera debían expandirse a todas las materias primas producidas en los Estados en desarrollo, más que limitarse al petróleo.<sup>15</sup> Para

<sup>10</sup> Naciones Unidas, Asamblea General, Sixth Special Session, Official Records, 2213th Plenary Meeting, 12 de abril de 1974, 1, párr. 8, intervención del Perú.

<sup>11</sup> Algeria sostuvo en su intervención que la acción tomada por los países exportadores de petróleo de la OPEP, en el sentido de reajustar los precios del barril de petróleo, es la “evidencia más espectacular” de la capacidad de control sobre sus precios que tienen los países productores de esta materia prima. Naciones Unidas, Asamblea General, Sixth Special Session, Official Records, 2208th Plenary Meeting, 10 de abril de 1974, 5, párr. 56 y 72, intervención de Algeria.

<sup>12</sup> Naciones Unidas, Asamblea General, Sixth Special Session, Official Records, 2209th Plenary Meeting, 10 de abril de 1974, 26, párr. 287, intervención de Colombia.

<sup>13</sup> Naciones Unidas, Asamblea General, Sixth Special Session, Official Records, 2216th Plenary Meeting, 16 de abril de 1974, párr. 118, intervención de Ecuador.

Una relación de interdependencia implica que las relaciones no son jerárquicas sino horizontales, suponiendo igualdad entre las partes.

<sup>14</sup> *Ibid.*, párr. 95 y 98.

<sup>15</sup> Naciones Unidas, Asamblea General, Sixth Special Session, Official Records, 2208th Plenary Meeting, 10 de abril de 1974, párr. 58, intervención de Algeria.

ese fin era necesario incorporar la regulación de las compañías multinacionales, por ser los principales vehículos de la inversión extranjera directa, y agentes directos de la explotación de sus recursos. De ese modo, la crisis petrolera del 73 jugó en contra del sesgo de debilidad porque contribuyó a cuestionar el espectro de protección internacional del inversionista extranjero, buscando reducir su aparente debilidad ante el poder regulatorio del Estado.

### **El descontento de los Estados en desarrollo con las CTN**

En el Nuevo Orden, la intención de los Estados en desarrollo de desestabilizar el sesgo de debilidad a favor de las compañías multinacionales fue impulsada por los diversos impactos negativos de estos sujetos, impactos que los conminaban a fortalecer su capacidad de negociación frente a los Estados desarrollados y las compañías multinacionales. Con los primeros, con el fin de exigir una reconfiguración en la regulación existente para las corporaciones transnacionales, exigiendo restricciones en sus derechos e inclusión de obligaciones internacionales a su cargo. Con los segundos, con el propósito de atraer inversión extranjera bajo condiciones más ventajosas para los Estados receptores, y controlar sus impactos negativos. En tal sentido, durante la apertura de la sesión especial del NOEI, el secretario general señaló la importancia de reexaminar el rol de las corporaciones transnacionales en los Estados en desarrollo y en la economía internacional.<sup>16</sup> Ese señalamiento tenía en su base el descontento de los Estados en desarrollo con esos sujetos al no conseguir identificarlos como agentes de crecimiento económico y cambio estructural,<sup>17</sup> o vehículos para la industrialización de los Estados en desarrollo, o medios para la transferencia de tecnología y gestión de conocimientos,<sup>18</sup> o para la reconstrucción de las economías en períodos de postguerra.<sup>19</sup> La animadversión de estos países no solo se ligaba a la explotación y agotamiento de sus recursos naturales no renovables de forma inequitativa, producto de los vestigios de la colonización.<sup>20</sup> Para ese

<sup>16</sup> Naciones Unidas, Asamblea General, Sixth Special Session, 2207th Plenary Meeting, 9 de abril de 1974, A/PV.2207, párr. 52.

<sup>17</sup> Naciones Unidas, Work on the formulation of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations, Outstanding issues in the draft Code of Conduct on Transnational Corporations, E/C.10/1985/S/2, 23 de mayo de 1985, párr. 7.

<sup>18</sup> Naciones Unidas, Recent developments related to Transnational Corporations and International Economic Relations, Report of the Secretariat, E/C.10/1982/2, 16 de julio de 1982, 16, párr. 27.

<sup>19</sup> Las CTN fueron claves en el proceso de reconstrucción de Europa durante el período de la postguerra. Estados Unidos fue el país con mayores niveles de inversión extranjera en Europa. El período comprendido entre 1945 y 1960 se conoce como la “edad de oro” de la inversión extranjera. Las filiales de las empresas estadounidenses en el exterior aumentaron con consideración, de 7400 en 1950 se pasó a 23.000 filiales de empresas estadounidenses, con un promedio de crecimiento anual cercano al 10 %. Sagafi, *The UN and Transnational Corporations*, 26.

<sup>20</sup> Naciones Unidas, “Economic and Social Questions”, 319.

momento, estaban también alarmados por la amenaza que las CTN constituían frente a su soberanía.<sup>21</sup>

Un buen ejemplo de los temores de los Estados en desarrollo por la interferencia de las CTN en sus asuntos internos se encuentra en la participación de la compañía estadounidense International Telephone and Telegraph Company en el golpe de Estado de Chile, en el Gobierno de Allende,<sup>22</sup> la cual fue denunciada ante las Naciones Unidas. Por esta razón, los Estados latinoamericanos tenían encendidas sus alarmas ante una sustitución del gobierno del Estado receptor o una estimulación de la intervención internacional con fines desestabilizadores, como consecuencia de la acción unilateral de una corporación transnacional o de una acción conjunta con un Estado poderoso.<sup>23</sup> Ese acontecimiento se sumaba al buen momento de los Estados en desarrollo, toda vez que fortalecía su clamor para crearles obligaciones a las CTN, cuestionando la estabilidad del poder ganado por el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero, caracterizado por excluirlo de obligaciones internacionales.

Adicionalmente, las inconformidades de los Estados en desarrollo se respaldaron en un informe de un grupo de expertos sobre los impactos de las CTN en los Estados en desarrollo.<sup>24</sup> Dada su fuente y contenido, estos Estados fortalecieron sus argumentos en el Nuevo Orden y en la fase inicial de la negociación del Código de Conducta, justificando su intención de desestabilizar el sesgo de debilidad. En efecto, el documento mostraba los diversos impactos de las corporaciones transnacionales, y hacía más consistente la necesidad de darle un giro a la regulación de estos sujetos, que fuese inclusivo de obligaciones internacionales y de restricciones en su protección internacional. El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (Ecosoc), mediante Resolución 1721 de 1972, dispuso la creación de un grupo de expertos, con el fin de estudiar el impacto de las CTN en el desarrollo económico y las relaciones internacionales.<sup>25</sup> En su informe final, recomendaron la creación de una comisión para las corporaciones transnacionales enfocada en diseñar un código de conducta para estas

<sup>21</sup> Sagafi, *The UN and Transnational Corporations*, 56, 234, pie de pág. 4.

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> Naciones Unidas, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, "The Impact of Multinational Corporations", 46.

<sup>24</sup> *Ibid.*, 14.

<sup>25</sup> Naciones Unidas, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, "The Impact of Multinational Corporations", 3.

y los Estados, además de explorar con posterioridad un tratado internacional sobre aquel sujeto, exigible por una maquinaria apropiada.<sup>26</sup>

El citado informe reveló varios efectos negativos, en especial en los Estados en desarrollo que exigían una acción regulatoria. Para ese fin, estos Estados no solo debían concentrarse en fortalecer la capacidad de negociación con los Estados desarrollados. Esos Estados, al regular los impactos negativos de las CTN, pretendían cambiar sus condiciones de negociación internas con estos sujetos, buscando instrumentos más inclusivos de sus intereses nacionales, por oposición a los contratos firmados con las corporaciones transnacionales bajo la influencia imperialista de los Estados desarrollados. Así, el informe señaló que la posición dominante de las corporaciones multinacionales podría aumentar las brechas en los países receptores, ante la ausencia de medidas legislativas y sociales coherentes,<sup>27</sup> lo que incidiría en la calidad de vida de una sociedad y en los niveles de desarrollo en general de un país. De tal modo, sus efectos indeseables se concentraban en las condiciones de creación de empleo, en la generación de desplazamiento del mismo, en la disminución de las garantías para los sindicatos de trabajadores, en la alteración de la balanza de pagos, en la modificación adversa de las condiciones de competitividad y consumo interno.<sup>28</sup> Ya en los debates del Nuevo Orden se habló de las políticas de arreglo y distribución de precios en el mercado de las CTN, de la acumulación de ganancias de forma ilegal, de la evasión de impuestos,<sup>29</sup> del recrudecimiento de los retrasos para el país en la transferencia de tecnología<sup>30</sup> y de la creación de monopolios.<sup>31</sup>

Asimismo, el interés de los Estados en desarrollo por atraer inversión extranjera para la explotación de sus recursos naturales tenía impactos nefastos en el medio ambiente, apuntalando las tensiones con la estabilidad del sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero. Estos Estados flexibilizaban los estándares de protección al medio ambiente para facilitarles el ejercicio de sus

<sup>26</sup> *Ibid.*, 7.

La Comisión de expertos indicó que un acuerdo general sobre las CTN con un carácter vinculante y con una maquinaria para su puesta en marcha y sanciones era lo ideal. No obstante, reconoció que era prematuro proponer negociaciones serias en tal sentido. Por ello, un código de conducta era un buen inicio para proponer con posterioridad un tratado. *Ibid.*, 54-55.

<sup>27</sup> Naciones Unidas, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, "The Impact of Multinational Corporations", 29.

<sup>28</sup> *Ibid.*, 30 y 36.

<sup>29</sup> Naciones Unidas, "Economic and Social Questions", 319.

<sup>30</sup> Naciones Unidas, "Intervención de Ecuador", párr. 112.

<sup>31</sup> Naciones Unidas, "Economic and Social Questions", 305.

actividades,<sup>32</sup> impactando la flora, fauna y el disfrute de los derechos humanos de las comunidades nativas en las zonas de explotación, sin excluir el desplazamiento de comunidades indígenas o raizales en tales zonas. Por otro lado estaban los vínculos de las compañías transnacionales con el régimen del *apartheid* en Sudáfrica.<sup>33</sup> Esto fortalecía la necesidad de darle un giro al sesgo de debilidad, creándoles obligaciones a las CTN. El Consejo Económico, a través de diferentes resoluciones, alertaba a esos sujetos y a los Estados donde tenían su casa matriz, pero sin conseguir resultados contundentes. Este organismo condenaba la explotación de la mano de obra negra por parte de las corporaciones transnacionales bajo condiciones infrahumanas, pues con esto se apoyaban los regímenes raciales minoritarios en Sudáfrica. En consecuencia, el Consejo Económico requería a las compañías multinacionales la terminación de sus inversiones, y les exigía a los Estados a donde pertenecía la casa matriz abstenerse de concederles préstamos o facilidades para invertir en ese país.<sup>34</sup>

Todos esos impactos requerían que los Estados en desarrollo mejoraran su capacidad de negociación frente a los Estados desarrollados y las corporaciones transnacionales. En principio, ese interés desafiaba el sesgo de debilidad, al traducirse en la formulación de obligaciones y restricciones a la protección internacional de las CTN, en contravía de la voluntad regulatoria mantenida a su favor hasta el momento. Con la formulación del Código, los Estados en desarrollo pretendían fijarles beneficios a los Estados poniéndole frenos a la ventajosa posición que tenían las compañías multinacionales, al crearles un contrapeso al sesgo de debilidad alineado con un considerable margen de permisibilidad.<sup>35</sup>

### **Los riesgos para la expropiación a partir del modelo de sustitución de importaciones**

El sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero se vio amenazado por el reconocimiento de los nuevos Estados en desarrollo y por sus deseos de implantar modelos económicos autosuficientes. Estos factores impulsaron la intención de los Estados en desarrollo de darle un giro a la regulación de las CTN, desligándolas del exceso de privilegios que habían conseguido durante el

<sup>32</sup> Naciones Unidas, Report of the Secretariat, Transnational Corporations: Issues involved in the formulation of a Code of Conduct (Nueva York: Naciones Unidas, 1976), 20 de julio de 1976, E/C.10/17, 29.

<sup>33</sup> Naciones Unidas, Commission on Transnational Corporations, Responsibilities of Home Countries with Respect to the Transnational Corporations Operating in South Africa and Namibia in Violation of the Relevant Resolutions and Decisions of the United Nations, 10 de febrero de 1984, E/C.10/1984/19, 9-10; Naciones Unidas, "Economic and Social Questions", 306 y 307.

<sup>34</sup> Naciones Unidas, E/C.10/1984/19, 9-10.

<sup>35</sup> Naciones Unidas, "Transnational Corporations", 11.

período de colonización. Para ese fin, se enfocaron en proponer una regulación que diera cuenta de sus facultades regulatorias, tomando como referente la expropiación y su compensación bajo el marco doméstico y el de las cortes locales. Esta iniciativa era un claro ataque al espectro internacional ganado por el sesgo de debilidad pues desdibujaba el rol del derecho internacional, dado que era el mejor escenario para fijarle límites a la soberanía regulatoria de los Estados en beneficio de la aparente debilidad de las corporaciones transnacionales.

Así, la ola de descolonización acaecida con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial fortificó las posturas anticoloniales. El proceso de descolonización en África y Asia coincidió con el clamor nacionalista de los Estados latinoamericanos, lo que dio nacimiento a regímenes nacionalistas guiados por el ejercicio soberano sobre sus riquezas y recursos naturales. Entre 1945 y 1970, los Estados en desarrollo (latinoamericanos y emergentes) adoptaron un modelo económico basado en la industrialización por sustitución de importaciones. Con este modelo pretendieron superar las brechas con los Estados industrializados, mediante el fortalecimiento de la industria nacional, desplazando la integración en la economía internacional.<sup>36</sup> Este modelo inquietaba a los Estados desarrollados por la propuesta de algunos Estados de crear un régimen común en el tratamiento dado a la inversión extranjera, debido a las restricciones en relación con lo exigido por los Estados desarrollados en el derecho internacional.<sup>37</sup> Asimismo, este modelo escandalizaba a los Estados desarrollados por las expropiaciones a las que eran sometidas las CTN en dichos Estados.<sup>38</sup>

En el Nuevo Orden, las causas que confluyeron para exigir un giro en la regulación sobre las CTN se condensaron en los debates sobre la expropiación y compensación. Ello propició un ataque al sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero, lo que puso a los Estados desarrollados en una posición defensiva. Este ataque consistió en restringir el alcance de la protección que el

<sup>36</sup> Kennedy, "The Rule of Law", 102.

<sup>37</sup> Tal fue el caso del fracasado Código Andino de Inversión Extranjera, acordado por cinco Estados suramericanos: Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú. Este instrumento afirmó en ciertos temas las atribuciones de los Estados en desarrollo para controlar el ingreso y permanencia de la inversión extranjera en su territorio, formulando considerables límites para su arribo y protección. La versión inicial del Código se encuentra en la Decisión 24, adoptada por los Estados miembros el 21 de diciembre de 1970, la cual fue revocada y reemplazada por la Decisión 220 de mayo de 1987. A su vez, la última versión fue reemplazada por la Decisión 291 de marzo de 1991. Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law*, 576.

<sup>38</sup> Para los sesenta, los Estados de Latinoamérica empezaron a reafirmar el control sobre sus economías, el ambiente estaba permeado por un nacionalismo económico manifestado en actos expropiatorios contra las firmas extranjeras. En los cincuenta, países como Irán introdujeron una regulación con el fin de nacionalizar la industria del petróleo en el país y la firma petrolera Anglo-Iranian Oil Company. Sagafi, *The UN and Transnational Corporations*, 22 y 27.

derecho internacional consuetudinario les brindaba a las corporaciones transnacionales, con la cual los Estados desarrollados las escudaban de la resistencia de los Estados en desarrollo, mediante el fortalecimiento de su aparente debilidad ante el poder regulatorio de los Estados. La regulación de la expropiación no era un tema nuevo en las instancias internacionales, pero el NOEI pretendió desestabilizar una conquista de los Estados desarrollados a favor del sesgo de debilidad, conseguida con la Resolución 1803 de 1962 de las Naciones Unidas. Con este instrumento, estos Estados lograron garantizar la vigencia del sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero, pese a las cesiones y al escepticismo por parte de los Estados en desarrollo. La diferencia con el NOEI estaba en el mal momento histórico que pesaba sobre las CTN, y en la capacidad de negociación ganada por los Estados en desarrollo como presupuesto para revertir posiciones pasadas a favor del sesgo de debilidad. Era ese retroceso el que intentaban evitar los Estados desarrollados al retomar la protección internacional de las corporaciones transnacionales bajo sus postulados, para afianzar el sesgo de debilidad.

En 1962, la posición de rechazo de los Estados en desarrollo frente a la regulación de la inversión extranjera difundida por los Estados desarrollados encontró en la negociación de la Resolución 1803 de las Naciones Unidas un momento importante. Para los años sesenta, los Estados emergentes de África, con apoyo de los latinoamericanos y los socialistas, decidieron reclamar ante la Asamblea General de las Naciones Unidas el derecho a la soberanía sobre sus recursos naturales, incorporando la revisión de los contratos de explotación firmados con las compañías extranjeras.<sup>39</sup> Ese reclamo tenía implicaciones en las facultades regulatorias de estos Estados al expropiar los activos de las compañías extranjeras, así como un llamado a su derecho a la autodeterminación.<sup>40</sup> Estas pretensiones de los Estados en desarrollo amenazaban el sesgo de debilidad del inversionista extranjero porque le apuntaban a restringir el espectro de protección ganado en el derecho internacional, limitando las posibilidades de defensa de las corporaciones transnacionales frente a la soberanía regulatoria de los Estados. Ante los impactos de esas aspiraciones, los Estados exportadores de capital exigieron a los nuevos Estados honrar las condiciones de los acuerdos de concesión firmados durante su período de subordinación colonial, argumen-

<sup>39</sup> En el contrato firmado entre el Estado árabe Abu Dhabi y la multinacional Petroleum Development, en principio debía constituirse un tribunal de arbitramento guiado por el derecho doméstico. No obstante, uno de los árbitros consideró que el derecho aplicable era el internacional, al considerar insuficiente al derecho doméstico de ese país para interpretar el contrato. Véase Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, 226-227.

<sup>40</sup> *Ibid.*, 212.

tando su deber de respetar la doctrina de la sucesión y de los derechos adquiridos como nuevos sujetos soberanos.<sup>41</sup> Asimismo, no desconocieron la facultad de expropiar pero exigieron el respeto del estándar mínimo internacional de trato, exigiendo la regulación de la expropiación bajo el derecho internacional y el estándar consuetudinario de compensación, conocido como la Cláusula Hull, con la que se exigía el pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva.<sup>42</sup>

Con relación a esa clase de estándares, los Estados en desarrollo argumentaron que los Estados desarrollados usaron estratégicamente formas de dominación imperial para crearle al inversionista derechos con un supuesto carácter general.<sup>43</sup> De ese modo, la incidencia de los Estados desarrollados en la inclusión de un estándar mínimo internacional para las CTN era una forma de afianzar el sesgo de debilidad creado a favor de esos sujetos, pues la aparente vulnerabilidad de las CTN, ante el escepticismo de los Estados en desarrollo, era repelida por el carácter vinculante de una norma consuetudinaria. Luego, desconocer ese mínimo internacional equivalía a violar el derecho internacional. En últimas, la protección del inversionista extranjero no podía limitarse al derecho doméstico, pues este era insuficiente para proteger su aparente debilidad, de allí la necesidad de reforzar su protección en el derecho internacional.

Para el momento de la votación de la Resolución 1803, hubo ganancias y pérdidas para el sesgo de debilidad. Los Estados en desarrollo ganaron una batalla pero con concesiones a favor de los Estados desarrollados. Esas concesiones se alinearon con las prescripciones del sesgo de debilidad, garantizando su protección internacional en un momento de resistencia, aunque sin incluir todos los parámetros exigidos por los Estados desarrollados. Esto quiere decir que el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero no se extinguió, conservó su vigencia en el derecho internacional, pero sufrió algunos matices en la regulación de la expropiación. Así, en la Resolución 1803 se reconoció la soberanía sobre los recursos naturales, indicando que la expropiación debía fundarse en motivos de utilidad pública, de seguridad o de interés nacional. Además, debía acompañarse por una *apropiada compensación* con arreglo a la

<sup>41</sup> *Ibid.*, 212-214 y 221.

<sup>42</sup> Naciones Unidas, "Other Legal Matters", en *Yearbook of the United Nations* (Nueva York: Naciones Unidas, 1962), 501; Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, 214.

Para mayor información sobre la evolución del estándar de compensación por expropiación a partir de la Cláusula Hull (pronta, adecuada y efectiva), considerando las posturas de los Estados en desarrollo y desarrollados, véase: Elihu Lauterpacht, "International Law and Private Foreign Investment". *Indian Journal of Global Legal* 4 (1996-1997): 259-276.

<sup>43</sup> Prakash Sinha, "Perspective of the Newly Independent States on the Binding Quality of International Law". *International & Comparative Law Quarterly* 14 (1965): 127.

legislación del Estado que adoptara la medida, y al derecho internacional.<sup>44</sup> No obstante, la falta de referencia a la Cláusula Hull y la remisión al derecho internacional fueron nuevamente discutidas en la negociación del NOEI.

El Nuevo Orden concentró a los defensores y enemigos de los derechos internacionales para las CTN, con especial atención en la expropiación y su compensación. Fue el epicentro en donde, mediante su reflejo normativo, la fuerza del sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero pretendió desestabilizarse. Los Estados en desarrollo exigían la regulación de la expropiación en los linderos del derecho doméstico, enmarcando la resolución de controversias en las cortes nacionales, y mostrando su descontento con una regulación con alcance internacional.<sup>45</sup> Aquí estos Estados pretendieron revertir posiciones pasadas a favor del sesgo de debilidad, buscando desconocer lo que ellos habían reconocido en la Resolución 1803, que se constituía en un límite a sus facultades regulatorias. En efecto, algunos de los Estados en desarrollo, ricos en recursos, concibieron la expropiación como una herramienta para su desarrollo con una regulación en el derecho local. Por ejemplo, Algeria consideró que esta figura permitía liberar los recursos naturales de la dominación extranjera, colocándolos bajo el control nacional y dándole a su explotación un carácter nacional.<sup>46</sup> En general, esa postura desafiante de las prescripciones del sesgo de debilidad orientó la versión final de la Declaración del NOEI. Este instrumento, redactado sobre veinte principios, dispuso en una de sus provisiones la plena soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales y todas las actividades económicas, reconociendo el derecho a expropiar sin una referencia expresa al derecho internacional.<sup>47</sup>

<sup>44</sup> Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 1803 (XVII), Soberanía permanente sobre los recursos naturales, Sesión Plenaria 1197ª, 18 de diciembre de 1962.

Esta resolución fue votada por 87 Estados, con dos votos en contra y doce abstenciones. Pese a las dudas por el alcance de una “apropiada compensación”, dado que no incorporó el estándar de la Cláusula Hull, suele tomarse como derecho consuetudinario en la materia al ser votada por la mayoría de los Estados miembros. *Texaco Overseas Petroleum Co. v. Libya. International Legal Materials* 17 (1978): 30.

En la redacción de la cláusula, Afganistán propuso que las palabras “apropiada compensación” deberían ser reemplazadas por “adecuada compensación”. Para ese momento, la Unión de Repúblicas Soviéticas indicó que el pago de la compensación para los propietarios debería ser decidido en armonía con el derecho nacional del Estado que realizara la expropiación. Estados Unidos indicó que la frase “apropiada compensación” debería ser reemplazada por una “pronta, adecuada y efectiva compensación”. Naciones Unidas, “Other Legal Matters”, 501.

<sup>45</sup> Naciones Unidas, Draft Code of Conduct for Transnational Corporations, E/C/1983/S/4, 21 de enero de 1983, propuesto por Venezuela en nombre del Grupo de los 77, 22 de mayo de 1981, 14.

<sup>46</sup> Naciones Unidas, Asamblea General, “Intervención de Algeria”, párr. 90.

<sup>47</sup> “4. El Nuevo Orden Económico Internacional debe basarse en el reconocimiento de los siguientes principios: [...] e. La plena soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales y todas sus actividades económicas. A fin de salvaguardar esos recursos, todo Estado tiene derecho a ejercer un control efectivo sobre ellos y su explotación, con medios ajustados a

La anterior provisión suscitó reacciones por parte de los Estados desarrollados, ligadas a la vinculatoriedad del derecho internacional. La ausencia de tal referencia incorporó objeciones de estos Estados,<sup>48</sup> pues era un claro ataque al sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero. Esa referencia era un límite al poder de los Estados en desarrollo que garantizaba la protección de los intereses económicos de las CTN, dado que este escenario regulatorio era la plataforma de acción para el sesgo de debilidad porque constreñía la soberanía regulatoria en beneficio del inversionista extranjero. Con esa referencia al derecho internacional, los Estados desarrollados argumentaban el poder de vinculatoriedad de las normas consuetudinarias, que ellos difundieron a favor del inversionista extranjero. En ese sentido, Estados Unidos consideró que la Resolución 1803 de 1962, sobre la soberanía de los recursos naturales, debió reproducirse en la Declaración del Nuevo Orden Económico, pues la primera reconoció el derecho a nacionalizar la propiedad extranjera con una *apropiada* compensación, acorde con el derecho nacional e internacional. Así, sostuvo:

Por el contrario, la presente Declaración no se acopla con la afirmación del derecho a nacionalizar, con la obligación de pagar una compensación acorde con el derecho internacional. Por esta razón, nosotros no encontramos esta afirmación completa o aceptable. El gobierno del derecho internacional no puede ser, y no es, perjudicado por el pasaje de esta resolución.<sup>49</sup>

La postura de Estados Unidos sugiere que ante el marcado escepticismo de los Estados en desarrollo era preferible exigir la reivindicación de la Resolución 1803, en la que intervinieron estos Estados, ya que mantenía la vigencia del sesgo de debilidad, en especial por su referencia al derecho internacional. En forma similar, la República de Alemania Federal reconoció la soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales, incluyendo el derecho a nacionalizar, pero conforme con el derecho internacional: “Mi Gobierno reconoce el derecho a la soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales, incluyendo

---

su propia situación, incluso el derecho de nacionalización o transferencia de la propiedad a sus nacionales, siendo este derecho una expresión de la plena soberanía permanente del Estado”.

<sup>48</sup> Su marcada referencia al derecho internacional como límite a la soberanía de los Estados en desarrollo sobre los recursos naturales, los llevó a exigir que la compensación debería hacerse a la luz del derecho internacional. Los Estados que formularon estas objeciones frente a la declaración y el programa de acción de las Naciones Unidas fueron: Australia, Bélgica, Canadá, Francia, Japón, Holanda, Nueva Zelanda, Noruega, Suecia y el Reino Unido. La República Federal de Alemania expresó reservas en representación de la Comunidad Europea y de ella misma. Naciones Unidas, *Yearbook of the United Nations*, 320.

<sup>49</sup> Karl Sauvart, “The Collected Documents of The Group of 77”, volume VI, Nueva York, Londres, Roma: Oceana Publications, 2229<sup>th</sup> Plenary Meeting, 1 de mayo de 1974, Nueva York, 1 y 2 de mayo de 1974, p. 15, párr. 91 (traducción libre).

el derecho a la nacionalización. Este derecho es establecido en las reglas del derecho internacional”.<sup>50</sup> Ese llamado se sumaba para mantener el alcance del sesgo de debilidad en las fronteras del derecho internacional.

Los Estados emergentes de Asia y África y los Estados latinoamericanos, fieles a su intento por cuestionar el sesgo de debilidad, afirmaban que la soberanía sobre los recursos naturales y riquezas no se limitaba por el derecho internacional. Por ello, el ejercicio de las facultades expropiatorias se enmarcaba en el derecho local. Esta posición constituía un ataque al sesgo de debilidad, al poner en riesgo el respaldo recibido por el derecho internacional, dado que en ese escenario se erigió la regulación de estándares para el inversionista extranjero, con el propósito de contener la aparente debilidad de ese sujeto ante la capacidad regulatoria estatal. Según los Estados desarrollados, esos estándares estaban atados al carácter de normas consuetudinarias, y en consecuencia vinculantes para todos los Estados. Así, en sus intervenciones, Estados como el Perú y Venezuela apoyaron una postura desafiante del sesgo de debilidad. Ambos se orientaron en regular la expropiación bajo los criterios y marcos del Estado que adopta la medida.<sup>51</sup>

Las tensiones sobre la expropiación se mantuvieron en la redacción final de la declaración del Nuevo Orden. En principio, la redacción en este tema estuvo del lado de los Estados en desarrollo, pero no hubo consenso por las objeciones formuladas por los Estados desarrollados.

Este ataque al sesgo de debilidad, generador de un descontento para los Estados desarrollados, fue protagonista nuevamente en los debates alrededor de la Carta de Derechos y Deberes de los Estados<sup>52</sup> y en el Código de Conducta de las Naciones

<sup>50</sup> *Ibid.*, 17, párr. 106 (traducción libre).

<sup>51</sup> “La delegación del Perú desea reiterar el principio de que cada vez que los Estados decidan nacionalizar recursos con el fin de recuperar el control sobre ellos, la determinación de la forma y la cantidad de pago son decisiones que están en exclusiva jurisdicción del que nacionaliza, y el acuerdo de cualquier disputa al respecto deberá tomar lugar en las cortes nacionales”. *Ibid.*, 32, párr. 110 (traducción libre).

Por su parte, Venezuela sostuvo: “Venezuela continuará ejerciendo su soberanía y derechos inalienables sobre sus recursos naturales en una forma responsable, de acuerdo con nuestras leyes”. *Ibid.*, párr. 112 (traducción libre).

<sup>52</sup> La elaboración de la Carta de Derechos Económicos y Obligaciones de los Estados fue propuesta por el presidente de México, Luis Echeverría, en 1972, y redactada por un grupo de trabajo conformado en la Conferencia de las Naciones sobre el Comercio y Desarrollo (UNCTAD). La Carta fue un instrumento complementario a la Declaración del Nuevo Orden Económico Internacional que permitiría su establecimiento. En este instrumento, nuevamente, las CTN capturaron la atención de los Estados en temas como: el ejercicio de la soberanía regulatoria de los Estados sobre sus recursos naturales a la luz de la expropiación, los estándares de compensación y el derecho internacional consuetudinario como límite del poder regulatorio de los Estados. Véase: Naciones Unidas, *Official Records of the General Assembly, Twenty Ninth Session, Second Committee Economic and Financial Questions (summary records of meetings), 1638<sup>th</sup> Meeting*,

Unidas para las CTN, código en el que salió victorioso el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero. La remisión al derecho internacional para regular la expropiación se mantuvo, y se consolidó el arbitraje internacional como una herramienta a favor del inversionista, con el aditivo de que no solo se limitaría a la expropiación y compensación de activos de las corporaciones multinacionales.

En el siguiente capítulo se discutirá el Código de Conducta; este muestra que el reconocimiento de la soberanía sobre los recursos naturales tuvo de por medio la defensa asumida por los Estados desarrollados del sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero. Es decir, la independencia de los Estados en desarrollo, al ser condicionada a la aceptación del derecho preexistente, vinculó a estos Estados con la protección del inversionista bajo el derecho internacional promovido por los Estados desarrollados.<sup>53</sup> Con el Código de Conducta se muestra con mayor claridad que el intento por desligarse de esos requerimientos los llevó a contribuir con el fortalecimiento del sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero. A partir del Código de Conducta, el derecho internacional se ha mantenido como el mejor escenario para ampliar el alcance y poder del sesgo de debilidad.

#### CONCLUSIONES

El Nuevo Orden se erigió como el escenario para orquestar la desestabilización del poder ganado por el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero, cuya expresión se encontraba en una regulación orientada a la protección de este sujeto, más que en su constreñimiento. Ese escenario propició la máxima prueba que el sesgo de debilidad ha tenido hasta el momento, proponiendo un Código de Conducta de las Naciones Unidas para las corporaciones transnacionales. Aquí el debate de la expropiación y compensación fue protagónico, pues en últimas se nutría de las diversas causas que confluyeron para proponer un giro a la regulación dada a las CTN. La idea de encuadrar esa facultad soberana en el marco doméstico y en las cortes locales era un ataque al espectro internacional ganado por el sesgo de debilidad. A su vez, era una postura con la cual los Estados en desarrollo pretendían vengarse de todos los descontentos que tenían con las corporaciones transnacionales. Con todo, si bien en la declaración estos Estados desconocieron la Resolución 1803, lo cierto es que no consiguieron un voto favorable de los Estados desarrollados.

25 de noviembre de 1974 (Nueva York: Naciones Unidas, 1975), 384, párr. 8 y 9; García Amador, "The Proposed New International Economic Order", 39.

<sup>53</sup> Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, 215.

## EL MAYOR DESAFÍO PARA EL SESGO DE DEBILIDAD A FAVOR DEL INVERSIONISTA EXTRANJERO

### INTRODUCCIÓN

Este capítulo aborda el Código de Conducta de las Naciones Unidas para las CTN como un caso de estudio, a fin de explorar el mayor desafío enfrentado por el sesgo de debilidad. En su etapa inicial, este instrumento reflejó el liderazgo de los Estados en desarrollo y mostró su capacidad para conseguir un giro regulatorio sobre las CTN. Así, recogió con mayor fuerza los clamores del Nuevo Orden en temas como la compensación por expropiación y la solución de diferencias, requiriendo su regulación en el ámbito doméstico. Asimismo, el interés de estos Estados por desvincularse del pasado colonial favorable al inversionista extranjero los llevó a restringir su protección en el derecho internacional. Para esto fue esencial la distinción entre obligaciones y derecho internacional, al incidir en el espectro de protección internacional para el inversionista promovido por los Estados desarrollados.

La formulación del Código de Conducta no supuso dar un salto a la responsabilidad internacional de las CTN. No obstante, pudo ser su mayor soporte por el carácter multilateral de la negociación y porque pretendió cubrir todas las actividades de esos sujetos. Pese a los propósitos de desestabilización del sesgo de debilidad, el objetivo no fue su anulación sino su atenuación mediante la creación de contrapesos a su poder. Esos propósitos perdieron fuerza y el sesgo de debilidad salió victorioso. Para los años noventa se convirtió en norma, en consideración de la regulación de derechos con exclusión de obligaciones internacionales en el universo de acuerdos internacionales de inversión, fortaleciéndose como un límite a la responsabilidad internacional de las CTN.

El intento de desestabilización del sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero con la consecuente victoria de este, se estudia aquí con tres aproximaciones: a) la doble regulación del Código; b) la naturaleza del Código y su vinculatoriedad frente a las CTN, y c) el debate entre derecho internacional y obligaciones internacionales.

## LA FORMULACIÓN DEL CÓDIGO DE CONDUCTA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LAS CTN

El Código de Conducta de las Naciones Unidas para las corporaciones transnacionales ha sido el intento multilateral más ambicioso y de mayores alcances frente a estos sujetos. Su formulación, en 1974, supuso por primera vez la inclusión de derechos y obligaciones para las corporaciones transnacionales y para los Estados en un instrumento internacional. Este propósito implicaba darle un giro regulatorio al marco jurídico que recaía sobre las CTN, y con ello al sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero inserto de forma estructural en esa regulación. Era tal la relevancia del Código, que su adopción se convirtió en una prioridad para el Consejo Económico y Social (Ecosoc) durante los quince años de negociación.<sup>1</sup> En sus alcances, la Comisión de las Naciones Unidas para las CTN asumió que de manera íntegra y universal cubriría todos los aspectos de las actividades de las compañías multinacionales.<sup>2</sup> Incluso, se concibió como el instrumento que podría resolver los aspectos negativos de esos sujetos en los Estados en desarrollo.<sup>3</sup> La iniciativa para su formulación respondió a la confluencia de distintos factores en un momento histórico para el derecho internacional. La decisión para su redacción encontró sus antecedentes en un estudio encomendado a un grupo de expertos en 1972, que tendría frutos en la negociación del NOEI en la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1974.<sup>4</sup> Como se explicó en el anterior capítulo, aquí la proposición del Código se concretó por la interacción entre el buen momento por el que pasaban los Estados en desarrollo, sumado a su marcado descontento con las CTN.<sup>5</sup>

Además del buen momento, y considerando lo expuesto en el capítulo sobre el Nuevo Orden, los Estados en desarrollo gozaban de una capacidad de negociación más ventajosa frente a los Estados desarrollados que les permitía elevar sus reclamos contra las CTN con mayor persuasión y eco. Para ese fin, distintos acontecimientos se sumaron para perfilar su liderazgo y su intento de desesta-

<sup>1</sup> Consejo Económico y Social, Resolución 60 de 1980, 24 de julio de 1980, *Progress Made Towards the Establishment of the New International Economic Order and Obstacles that Impede it: The Role of Transnational Corporation*; Consejo Económico y Social, Resolución 68 de 1982, 27 de octubre de 1982, *The Economic and Social Council: Arrangements for Completing the Formulation of a Draft Code of Conduct on Transnational Corporations*.

<sup>2</sup> Naciones Unidas, *Yearbook of the United Nations*, 18.

<sup>3</sup> Naciones Unidas, *Commission on Transnational Corporations Report on Tenth Session*, E/C.10/1984/20, E/1984/18, 17 al 27 de abril de 1984, supl. 8, párr. 41.

<sup>4</sup> El Ecosoc, mediante Resolución 1721 de 1972, dispuso la creación de un grupo de personas eminentes, con el fin de estudiar el impacto de las CTN en el desarrollo económico y las relaciones internacionales. Consejo Económico y Social, Resolución 1721 (LIII) de 28 de julio de 1972.

<sup>5</sup> Para mayor información remitirse al capítulo anterior.

bilizar el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero. Por ejemplo, el proceso de descolonización posterior a la Segunda Guerra Mundial, el reconocimiento en las Naciones Unidas de su soberanía sobre los recursos naturales con implicaciones sobre sus facultades expropiatorias, la crisis petrolera del 73 que mostró la dependencia de los Estados desarrollados en relación con las materias primas producidas por los países en desarrollo, el apoyo que recibían de los Estados socialistas y la instauración de modelos económicos de tendencia nacionalista. Todos esos factores irradiaban la regulación de las CTN e interactuaron para exigir un giro en el tratamiento dado a estos sujetos. La conjugación de esos factores denotaba que era el momento en que las corporaciones podrían ser sometidas a un marco regulatorio beneficioso para el Estado huésped de la inversión, y no solo para ellas. Con ello, la estabilidad del sesgo de debilidad estaba en riesgo, precisamente por la inclusión de obligaciones internacionales y de restricciones a la protección internacional del inversionista extranjero.

En cuanto al descontento de los Estados en desarrollo con las CTN, el persistente desequilibrio económico y el sinnúmero de impactos negativos de esos sujetos los conminaba a buscar acciones, haciéndose más fuerte la necesidad de desestabilizar el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero. El desmantelamiento de prácticas imperialistas de saqueo y explotación no se había conseguido pese a las “décadas del desarrollo” declaradas por las Naciones Unidas.<sup>6</sup> Del mismo modo, un informe del grupo de eminentes los respaldaba en sus reclamos.<sup>7</sup> En efecto, este confirmaba que las CTN podrían constituir una amenaza para la soberanía de los Estados receptores de la inversión. El informe, además, señaló los impactos adversos de las compañías transnacionales en el medio ambiente, en la competitividad de un país y en el disfrute de los derechos humanos de las comunidades aledañas al lugar de despliegue de sus actividades. Finalmente, se resaltaron los vínculos entre las CTN y el régimen del *apartheid*.<sup>8</sup>

Los anteriores factores respaldaron a los Estados en desarrollo en la búsqueda de un giro en la regulación dada a las corporaciones transnacionales, y en consecuencia al sesgo de debilidad a su favor. Así, la formulación del Código en el

<sup>6</sup> Naciones Unidas, *Yearbook of the United Nations*, 305.

<sup>7</sup> Naciones Unidas, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, *The Impact of Multinational Corporations on Development and on International Relations: Report of the Group of Eminent Persons to Study the Impact of Multinational Corporations on Development and on International Relations*, E/5500/Rev. 1 ST/ESA/6, 1976, 14.

<sup>8</sup> Naciones Unidas, Comisión de Corporaciones Transnacionales, *Responsibilities of Home Countries with Respect to the Transnational Corporations Operating in South Africa and Namibia in Violation of the Relevant Resolutions and Decisions of the United Nations*, E/C.10/1984/19, 10 de febrero de 1984, 9-10; Naciones Unidas, *Yearbook of the United Nations*, 306 y 307.

Nuevo Orden reflejó la necesidad de crearles obligaciones a estos sujetos, con el fin de menguar sus impactos negativos, maximizando sus contribuciones a la economía de los Estados en desarrollo.<sup>9</sup> El propósito de englobar en un instrumento internacional obligaciones para las CTN con diversos campos de acción era histórico. Distintos intentos previos y concomitantes al Código eran segmentados, luego este instrumento pretendió capitalizarlos y formular otro mucho más comprehensivo y ambicioso.<sup>10</sup> Asimismo, el Código pretendió restringir el alcance de los derechos internacionales para las CTN, como consecuencia del interés de los Estados en desarrollo de liberarse de su pasado de subyugación colonial. En tal sentido, estos querían desligar a las CTN de la regulación beneficiosa que habían promovido los Estados desarrollados, así como fijar parámetros de uniformidad para su tratamiento, con el fin de ponerle contrapeso a la disparidad de regulaciones.<sup>11</sup>

La redacción del Código se encomendó a la Comisión de las Naciones Unidas para las CTN. Este organismo tiene sus antecedentes en el grupo de expertos formado en 1972 por el Consejo Económico y Social (Ecosoc).<sup>12</sup> En 1975, el grupo empezó oficialmente sus funciones con Klaus A. Sahlgren como su director, quien fue designado por el secretario general, Kurt Waldheim.<sup>13</sup> La Comisión estuvo integrada por 48 Estados miembros, elegidos por el Ecosoc, que permitió a cada Estado nombrar un experto de alto nivel, de acuerdo con los temas tratados por la Comisión. Asimismo, a través de la Resolución 1913 de 1974, el Consejo estableció la Comisión para las CTN, y la facultó para seleccionar personas con experiencia en el sector de los sindicatos, negocios, grupos

<sup>9</sup> Naciones Unidas, E/C.10/1985/S/2, párr. 7.

<sup>10</sup> Naciones Unidas, *Transnational Corporations: Aspects of Possible Relationships between the Work on a Code of Conduct and Related Work in UNCTAD and ILO*, Note of the Secretariat, E/C.10/AC.2/5, 18 de julio de 1976, 27, párr. 57.

Véase también en el capítulo anterior los intentos segmentados de regulación a la inversión extranjera.

<sup>11</sup> Naciones Unidas, E/C.10/1985/S/2, párr. 11 y 12.

<sup>12</sup> Antes de que el programa de acción para la aplicación de la Declaración del Nuevo Orden Económico Internacional dispusiera la elaboración de un Código de Conducta, el Ecosoc, mediante Resolución 1721 de 1972, dispuso la creación de un grupo de expertos con el fin de estudiar el impacto de las CTN en el desarrollo económico y las relaciones internacionales. Consejo Económico y Social, Resolución 1721 (LIII) de 28 de julio de 1972.

El impulso para la creación de dicho grupo vino de Juan Somavía, miembro de la delegación chilena en el período 1970-1973, país en el cual las CTN eran sometidas a nacionalizaciones, y algunas sujetas a denuncias por el golpe de Estado al Gobierno de Allende. Sagafi, *The UN and Transnational Corporations*, 56, 234, pie de pág. 4.

Para diciembre de 1974, el Ecosoc, en atención a las recomendaciones del grupo de expertos y acatando el programa de acción del Nuevo Orden Económico Internacional, creó la Comisión de CTN, con el propósito de asistir al Consejo Económico y Social en temas sobre las CTN y en la elaboración de unas recomendaciones que tomarían la forma de un Código de Conducta. Consejo Económico y Social, Resolución 1913 (LVII) de diciembre 5 de 1974.

<sup>13</sup> Sagafi, *The UN and Transnational Corporation*, 92.

de interés público y universidades de los Estados en desarrollo y desarrollados, con el fin de asesorarse en temas específicos.<sup>14</sup> En atención a la Resolución 1913, la Comisión propuso, en su segunda sesión en Lima, que la selección de los asistentes se haría por consultas entre los Estados miembros de la Comisión y el secretario general, lo que daría como resultado que entre doce y quince personas fueran elegibles por la Comisión.<sup>15</sup>

En la misma sesión, la Comisión creó un grupo intergubernamental para la redacción del Código,<sup>16</sup> dado que su elaboración era prioritaria para el Consejo Económico<sup>17</sup> y el secretario general. El grupo de trabajo intergubernamental se integró por Estados pertenecientes a la Comisión de CTN, que correspondían a los Estados latinoamericanos, industrializados, emergentes de África y socialistas. Las reuniones del grupo se realizaban únicamente con los Estados miembros de la Comisión. En materia de procedimientos, el grupo de trabajo se reguló, *mutatis mutandis*, por las reglas de procedimiento del Consejo Económico y Social. Así, eligió un presidente, vicepresidente y un reportero.<sup>18</sup> El grupo de trabajo deliberaba en reuniones formales e informales, y en ocasiones con distribución de temas. En este caso se dividía en dos subgrupos, con el presidente y el reportero como los líderes de cada uno. Al ser un grupo con funciones específicas, la agenda tenía una apertura de la sesión, una adopción de la agenda, la preparación del Código y el reporte del grupo. Para la preparación del Código, el grupo se apoyaba en sus reportes anteriores y en informes del Centro de Corporaciones Transnacionales y del presidente.

Las discusiones de la Comisión se realizaban mediante sesiones ordinarias y especiales reconvenidas. Ambas eran convocadas por el Ecosoc a petición de la Comisión de CTN o de su presidente. En las ordinarias, la Comisión trataba los

<sup>14</sup> Naciones Unidas, Work Related to the Formulation of a Code of Conduct, Report of the Intergovernmental Working Group on the Code of Conduct, E/C.10/31, 4 de mayo de 1977, párr. 6. Véase además: Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Resolución 1913 de 5 de diciembre de 1974.

<sup>15</sup> Naciones Unidas, Selection of Persons in Accordance with Paragraph 1 (d) of Economic and Social Council Resolution 1913 (LVII), to Assist the Commission, E/C.10/23, 24 de febrero de 1977, párr. 1.

En cuanto a los criterios de selección, la Resolución 1913 del Consejo Económico determinó la selección de personas de acuerdo con su experiencia profesional y con una representación geográfica balanceada que comprendiera los sindicatos, negocios, grupos de interés público y universidades de los Estados en desarrollo y desarrollados. *Ibid.*, párr. 4 y 5.

<sup>16</sup> La creación del grupo de trabajo en la segunda sesión en Lima, entre el 1 y el 12 de marzo de 1976, se consagró en el reporte E/C.10/16, párrafos 10 a 17, y su aprobación por el Consejo Económico figura en la Decisión 180 (LXI) de 5 de agosto de 1976.

<sup>17</sup> Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Resolución 1913 LVII de 5 de diciembre de 1974.

<sup>18</sup> Naciones Unidas, Adoption of the Agenda and Organization of Work, E/C.10/AC.2/17, 24 de diciembre de 1980, párr. 2.

temas generales a su cargo, mientras que en las reuniones especiales reconvenidas se centraba en un tema y eran abiertas a todos los Estados. Estas últimas fueron las preferidas por la Comisión para discutir los avances del Código. En el proceso de negociación del Código se permitió la participación de organismos de las Naciones Unidas,<sup>19</sup> agencias internacionales especializadas,<sup>20</sup> organizaciones intergubernamentales<sup>21</sup> y organizaciones no gubernamentales.<sup>22</sup> Aunque los documentos presentados por ellos no gozaron de un rol protagónico en las deliberaciones y son pobremente citados en los reportes.

#### LA DOBLE REGULACIÓN DEL CÓDIGO DE CONDUCTA: UN GIRO REGULATORIO PARA LAS CTN

La regulación de las CTN y los Estados tenía efectos desestabilizadores al incluir en un mismo instrumento derechos y obligaciones para ambos. Los alcances de tal regulación no estuvieron claramente definidos en la agenda de negociación inicial.<sup>23</sup> Bajo el lente de los Estados desarrollados, el Código debía dirigirse a las CTN y a los Estados. Desde la mirada de los Estados en desarrollo, el Código debía enfatizar en las obligaciones para las corporaciones transnacionales. Sin embargo, los Estados en desarrollo y desarrollados coincidieron en la inclusión de obligaciones para las corporaciones, pretendiendo darle un giro a la regulación de este sujeto, con énfasis en derechos. Ese giro regulatorio, en el caso más demoledor para el sesgo de debilidad, suponía la creación de obligaciones para las corporaciones, acompañadas de su responsabilidad internacional con un sistema de exigibilidad fuerte. En la práctica ello no fue así, la inclusión de obligaciones para las CTN solo pretendió atenuar el sesgo de debilidad. Sin embargo, ello no demerita que el Código, al proponer un giro regulatorio sobre este sujeto con diversas obligaciones y en un instrumento multilateral —aunque de *soft law*—, implicara un gran reto al sesgo de debilidad para conseguir su reversión.

<sup>19</sup> La Secretaría de las Naciones Unidas, la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD) y la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial.

<sup>20</sup> Como la Organización Internacional del Comercio y el Fondo Monetario Internacional.

<sup>21</sup> Como la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo, la Comunidad Europea y el Sistema Económico Latinoamericano. Naciones Unidas, Report of the Intergovernmental Working Group on a Code of Conduct on its Fourteenth Session, E/C.10/79, 26 de junio de 1981, párr. 6.

<sup>22</sup> La Cámara de Comercio Internacional, la Confederación Internacional de Free Trade Unions, la Federación Internacional de Mujeres Abogadas, la Organización Internacional de Sindicatos de Consumidores, la Organización Internacional de Empleados de Sierra Club International. *Ibid.*, párr. 7.

<sup>23</sup> Naciones Unidas, Work on the Formulation of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations, Outstanding Issues in the Draft Code of Conduct on Transnational Corporations, E/C.10/1985/S/2, 23 de mayo de 1985, párr. 13.

El Código fue impulsado por los Estados en desarrollo y se inclinó por cubrir la mayoría de las actividades de las CTN a fin de crearles compromisos con los Estados receptores de la inversión.<sup>24</sup> Ese propósito se constituyó en un claro ataque a la estabilidad mantenida por el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero hasta la negociación del Nuevo Orden. En efecto, aunque hubo intentos por establecer compromisos para las CTN—incluso paralelos a la negociación del Código de Conducta—, en su mayoría no fueron exitosos y solo se enfocaron en materias específicas, pretendiendo ser complementados por el Código de Conducta.<sup>25</sup> Así, una regulación de obligaciones para las corporaciones transnacionales mucho más ambiciosa y universal se oponía a las prescripciones del sesgo de debilidad, significándoles un estreñimiento a esos sujetos, que era resistido por ese sesgo. De hecho, para estos Estados, los temas relacionados con el tratamiento para las CTN no fueron transversales a sus propuestas iniciales, su inclusión reafirmó ciertos derechos del Estado receptor, más que obligaciones a su cargo. De esa manera, en la regulación de derechos pretendieron reducir el margen de protección internacional del inversionista, y con ello debilitar el sesgo de debilidad.

Así, los Estados en desarrollo expresaron la necesidad de regular y supervisar las actividades de las compañías multinacionales,<sup>26</sup> reafirmando en los estándares de tratamiento la sujeción al Estado receptor más que el poder de estas,<sup>27</sup> según se observa en las posturas de algunas delegaciones de los Estados en desarrollo

<sup>24</sup> Naciones Unidas, *Transnational Corporations: Aspects of Possible Relationships between the Work on a Code of Conduct and related Work in UNCTAD and ILO*, Note of the Secretariat, E/C.10/AC.2/5, 18 de julio de 1976, 27, párr. 57.

<sup>25</sup> El proyecto sobre la Agencia de Garantías para la Inversión Multilateral pretendía regular los riesgos del inversionista extranjero mediante el suministro de seguros de los Estados en desarrollo. A su vez, esperaba que el Código de Conducta dispusiera los derechos y obligaciones de las CTN en temas de tráfico ilegal. Naciones Unidas, E/C.10/1986/S/2, 11 de diciembre de 1985, 4-7. Al tiempo que se negociaba el Código de Conducta de las NU para las CTN, en UNCTAD se discutía la negociación de un código de conducta sobre transferencia de tecnología y de prácticas restrictivas en los negocios. Para la Comisión de las CTN era difícil establecer su relación sin determinar el tipo de adopción formal que tendría cada uno (párr. 53). En todo caso, dado el carácter comprensivo del Código sobre las actividades de las CTN, una de las opciones consistió en la incorporación parcial de las partes de cada código concernientes a las CTN. Naciones Unidas, “*Transnational Corporations*”, párr. 65.

<sup>26</sup> Naciones Unidas, *Report of the Commission on Transnational Corporations, Report on the Second Session, 1 al 12 de marzo de 1976*, anexo IV, 802-809, párr. 39.

<sup>27</sup> Esto se puede inferir de temas como el trato nacional y el foro competente para la solución de controversias. Véase: *Ibid.*

(Grupo de los 77<sup>28</sup> y Estados de Latinoamérica de forma grupal),<sup>29</sup> relacionadas en la segunda sesión en marzo de 1976. Esa posición era un ataque normativo al sesgo de debilidad, pues, gracias a sus prescripciones, la voluntad regulatoria de los Estados se había mantenido a favor de las compañías transnacionales. Ahora, los Estados en desarrollo pretendían inmiscuirse en el espectro internacional de privilegios regulatorios que el sesgo de debilidad había conseguido, producto de la voluntad soberana. Con tal propósito, argumentaron el enorme poder económico de las corporaciones multinacionales como vehículos para ejercer control político, interfiriendo en los asuntos internos de los Estados receptores. Agregaron que tales acciones constituían una negación de la soberanía nacional e independencia de estos Estados, afectando de forma negativa el control de ciertos Estados sobre sus recursos naturales y su desarrollo económico. Con la idea de desestabilizar el sesgo de debilidad, el G77 propuso la creación de obligaciones para las CTN en temas como la renegociación de contratos; la no interferencia en asuntos internos; los límites a sus relaciones diplomáticas con sus Estados de origen; las sanciones por sus vínculos con regímenes racistas y coloniales, como el apoyo a las políticas de *apartheid*; el tráfico ilegal de armas; la obstrucción de esas compañías a los esfuerzos del Estado receptor para su desarrollo en contravía del principio de soberanía sobre los recursos naturales, y los límites y distorsión al acceso de tecnología en contra del Estado receptor.<sup>30</sup>

La postura en bloque de los Estados en desarrollo se mantuvo individualmente con posterioridad a la segunda sesión de la Comisión en 1976. Después de esta

<sup>28</sup> Para la misma sesión de marzo de 1976, el G77 presentó la lista de áreas de interés sobre las operaciones y actividades de las CTN, y señaló su interés en la regulación de su interferencia directa o indirecta en los asuntos internos; en los límites a la intervención de sus países de origen en los Estados receptores en relación con los intereses privados de las CTN; en el control de sus acciones de política extranjera ligadas a temas de inteligencia contrarios a los intereses de los Estados receptores; en la revelación de información sobre sus actividades; en la adopción de las políticas internas de desarrollo de los Estados en desarrollo, etcétera. Naciones Unidas, “Report of the Commission on Transnational Corporations”, anexo 1, 798.

<sup>29</sup> Durante la sesión de la Comisión en marzo de 1976, la delegación de Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Jamaica, México, Perú, Trinidad y Tobago y Venezuela formuló una propuesta. Antes que oponerse a los puntos expuestos por el Grupo de los 77, los reafirmaron. Dispusieron que las CTN deberían sujetarse a la legislación y regulación del país donde operaran, e indicaron que las corporaciones transnacionales no recibirían un trato privilegiado, pues ello generaría discriminación con las nacionales. La propuesta siguió refiriéndose con mayor énfasis a las obligaciones de las CTN en temas como la sujeción de las compañías multinacionales al ejercicio regulatorio del Estado receptor sobre sus riquezas, recursos naturales y actividades económicas; la sujeción de las CTN a las políticas, objetivos y prioridades para el desarrollo; la revelación de información sobre sus actividades, y la abstención de prácticas restrictivas. Así, este grupo sugirió que cualquier diferencia debería someterse a la jurisdicción local del Estado receptor, enfatizando en que las empresas tienen la capacidad de causar confrontaciones entre los Estados en la nacionalización de propiedades por el Estado receptor, al cuestionar la validez de un acto o demandando una compensación pronta, adecuada y efectiva. Naciones Unidas, “Report of the Commission on Transnational”, anexo IV, 802-809.

<sup>30</sup> *Ibid.*, anexo I, 797-798.

sesión, la Secretaría General del Consejo Económico requirió a los Estados la presentación de propuestas para la redacción del Código.<sup>31</sup> Por ejemplo, Chile<sup>32</sup> y Ecuador<sup>33</sup> propusieron un Código dirigido únicamente a las empresas, señalando su énfasis en la regulación de sus efectos y prácticas negativas en los Estados en desarrollo, así como la determinación de un papel claro de las empresas en el desarrollo de estos Estados.

Por el contrario, los Estados desarrollados, en forma grupal e individual, se inclinaron desde el principio por un Código dirigido a las CTN y a los Estados, pero con gran énfasis en estos. Así se reafirmaron como los impulsores y defensores del sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero. Con tal propósito, buscaron ampliar el alcance de protección internacional para las corporaciones transnacionales a fin de protegerlas del poder regulatorio de los Estados. Al respecto, el reporte de la Comisión de CTN sobre su segunda sesión, en marzo de 1976, indica que estos Estados propusieron grupalmente regular el tratamiento dado a las compañías multinacionales en el derecho internacional como un límite al poder regulatorio de los Estados.<sup>34</sup> Entre los temas sugeridos se destacan: la expropiación y compensación bajo ciertos estándares, el trato no discriminatorio y la solución de controversias en instancias internacionales.

Un poco después, para diciembre de 1976, el Consejo Económico requirió a los Estados la presentación de propuestas individuales para apoyar al grupo

<sup>31</sup> La fecha límite para la presentación de la propuesta se fijó para la sesión del Consejo, prevista para el 30 de noviembre de 1976 (E/C.10/19, p. 3).

<sup>32</sup> Chile entonces indicó: “El Gobierno de Chile considera que el Código deberá cubrir un amplio rango de materias y deberá estar dirigido exclusivamente a las corporaciones”. Naciones Unidas, *Transnational Corporations: Views and Proposals of States on a Code of Conduct*, E/C.10/19, 30 de diciembre de 1976, párr. 9 (traducción libre).

<sup>33</sup> Ecuador consideró que el Código solo debería dirigirse a las CTN y debería centrarse en sus efectos negativos y en la maximización de su rol en el desarrollo:

“El Gobierno de Ecuador señala que el Código deberá estar dirigido a las corporaciones transnacionales únicamente y no a los Estados”. *Ibid.*, párr. 15 (traducción libre).

<sup>34</sup> En la propuesta conjunta presentada por la delegación de Francia, la República Federal de Alemania, Italia, el Reino Unido e Irlanda del Norte y Estados Unidos, sugirieron temas a tratar como el alcance con que la legislación del Estado y sus regulaciones puede discriminar o en favor de las CTN o contra las CTN, en comparación con las empresas nacionales; el tratamiento a las empresas sobre la base de si tales empresas están bajo control extranjero; el alcance con el cual cualquier tipo de tratamiento discriminatorio afecta las actividades de las CTN, además de las contribuciones de las CTN al desarrollo de los objetivos del desarrollo del Estado receptor; la medida con la cual la expropiación de las propiedades emprendidas por propósitos públicos relacionados con requerimientos internos de los países involucrados no son discriminatorias en su aplicación y están acompañadas por una pronta, adecuada y efectiva compensación; la medida con la cual el recurso al arbitraje internacional, incluyendo el previsto por el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias de Inversión u otras organizaciones, para el acuerdo o procedimientos juega un rol en el acuerdo de controversias surgidas de las actividades de las CTN. Naciones Unidas, “Report of the Commission on Transnational Corporations”, anexo II (traducción libre).

de trabajo. Países como Francia,<sup>35</sup> Alemania,<sup>36</sup> Estados Unidos<sup>37</sup> y el Reino Unido<sup>38</sup> sostuvieron su postura a favor del mantenimiento y fortalecimiento del sesgo de debilidad. En ese sentido, la regulación de derechos y obligaciones para las CTN y Estados en un mismo instrumento debía caracterizarse por proteger más que constreñir a esos sujetos corporativos, con el fin de ampliar el alcance del sesgo de debilidad ante la capacidad regulatoria estatal. Así, nuevamente indicaron que el Código debería dirigirse a las empresas y los Estados, advirtiendo la incorporación del alcance del derecho internacional en la regulación del trato dado al inversionista.

El disenso de los Estados en la regulación de derechos y obligaciones para las CTN y los Estados en el Código pretendió superarse con la Resolución 60 de 1980 del Ecosoc.<sup>39</sup> Esa solución era un alivio frente a los intentos de desestabilización del sesgo de debilidad. En efecto, en tal instrumento se recomendó a la Comisión la adopción de un Código “efectivo, íntegro, generalmente aceptado y universalmente adoptado”, perfilando un instrumento no vinculante.

<sup>35</sup> Francia expresó: “Con respecto a los principios de las políticas gubernamentales, las siguientes son las propuestas: (1) El derecho de cada Estado de regular en su jurisdicción las condiciones bajo las cuales las corporaciones transnacionales operan, respetando el derecho internacional y los acuerdos internacionales de los que el Estado es parte”. Naciones Unidas, *Transnational Corporations: Views and Proposals of States on a Code of Conduct*, E/C.10/19/Add.1, 22 de marzo de 1977, 6 (traducción libre).

<sup>36</sup> El Gobierno de la República Federal de Alemania manifestó: “El Gobierno de la República Federal de Alemania sugiere que las recomendaciones se dirijan a los Estados matrices y receptores, en el caso de estos deberán incluir una protección adecuada de las inversiones (adecuada, pronta y efectiva compensación en casos de expropiación), garantía de libre transferencia de capital y utilidades, y los principios del tratamiento nacional a los inversionistas extranjeros”. Naciones Unidas, E/C.10/19, 30 de diciembre de 1976, 8, párr. 36 (traducción libre).

<sup>37</sup> Estados Unidos, preocupado por el amplio margen de discrecionalidad de los Estados receptores en el tratamiento dado a la inversión, indicó que una referencia expresa al derecho internacional se constituía en un límite para el ejercicio de las facultades regulatorias de los Estados:

“88. Aunque los Estados receptores son libres para regular la operación de las corporaciones transnacionales en su jurisdicción, el derecho internacional y los acuerdos internacionales que hayan suscrito los gobiernos deberán ser respetados.

“90. El principio de trato justo a las corporaciones transnacionales (equitativo, no discriminatorio y en concordancia con el derecho internacional) es, además, enfatizado [...]. Los Estados receptores deberán garantizar los derechos de propiedad, repatriación de utilidades, ganancias, venta de activos, además del derecho a una pronta, adecuada y efectiva compensación en caso de expropiación”. *Ibid.*, 17, párr. 88 y 90 (traducción libre).

<sup>38</sup> En su propuesta, el Reino Unido indicó su interés en un código dirigido a las empresas y Estados, agregando que la sujeción de las CTN al derecho nacional del Estado receptor debe amoldarse al derecho internacional.

“72. Los puntos de vista del Gobierno del Reino Unido con respecto a los temas sustanciales son los siguientes: el principio básico de que las corporaciones deberán cumplir las leyes, regulaciones, las metas de desarrollo y las políticas de los Estados receptores, las cuales deberán ser claramente establecidas y conformes con el derecho internacional [...] La expropiación deberá estar en concordancia con las reglas de derecho internacional, es decir, servir para un propósito público y no ser discriminatoria.

“La compensación equivale a la inversión expropiada en el mercado, deberá hacerse sin retraso, y ser efectivamente realizable y libremente transferible”. *Ibid.*, 14, párr. 72 (traducción libre).

<sup>39</sup> Naciones Unidas, Consejo Social y Económico, Resolución 60 de 1980.

Ese llamado, más que oxigenar las negociaciones, reflejó la coincidencia de las posturas entre los Estados en desarrollo y desarrollados. En últimas, los Estados en desarrollo y desarrollados no pensaron en la creación de obligaciones internacionales para las CTN, con su consecuente responsabilidad internacional, lo que habría sido el ataque más contundente para el sesgo de debilidad. De ese modo, el interés del Ecosoc coincidió con el de los Estados en desarrollo y desarrollados de crear obligaciones para las corporaciones transnacionales, sin incorporar cambios sustanciales en la estructura del derecho internacional.

Así, el Código se erigió como el instrumento que pretendió darle un giro a la regulación de las CTN, pero que no propuso su responsabilidad internacional. La doble regulación del Código fue ambiciosa por consagrar en un mismo documento derechos y obligaciones para dos sujetos con naturaleza distinta. Asimismo, fue ambiciosa por el sinnúmero de materias que pretendió regular sobre las corporaciones transnacionales en comparación con otros intentos, aspecto que lo define como el mayor desafío que ha tenido el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero. Más allá de eso, el alcance de las obligaciones para las corporaciones transnacionales es un reflejo de los límites impuestos por el sesgo de debilidad. Este logró dominar la voluntad regulatoria de los Estados. Por un lado, evitó la creación de obligaciones internacionales en un instrumento vinculante tanto para los Estados como para las CTN. Del otro, distrajo la voluntad de los Estados al excluir la responsabilidad internacional de ellas, tal como se profundizará en el siguiente acápite.

#### LA NATURALEZA DEL CÓDIGO Y SU VINCULATORIEDAD FRENTE A LAS CTN

La vinculatoriedad del Código tenía claras implicaciones en el sesgo de debilidad a favor de las CTN. En el peor escenario, un Código vinculante para las corporaciones transnacionales con un sistema de exigibilidad fuerte era un símbolo de su responsabilidad internacional. Sin embargo, tanto la soberanía regulatoria de los Estados en desarrollo como la de los desarrollados estaba alineada con el sesgo de debilidad. De hecho, los dilemas sobre la vinculatoriedad se centraron en los impactos sobre los Estados, mas no sobre las CTN. El Código no fue pensado como una fuente de responsabilidad internacional para estos sujetos. En su lugar, se propusieron instancias híbridas de seguimiento para ellos, con énfasis en el ámbito doméstico.

En sus inicios, la naturaleza del Código causó discrepancias entre los Estados que deseaban un código vinculante y aquellos que apostaban por un instrumento no vinculante sin ser ineficaz. Al considerar la evidencia, la mayoría de los Estados

en desarrollo se orientaban por un Código vinculante,<sup>40</sup> sin que necesariamente lo fuese sobre las CTN y lo convirtiera en eje de su responsabilidad internacional. Aquí se nota cómo estos Estados no quisieron llevar el sesgo de debilidad a su máxima agonía, pese a su interés por crearles a las corporaciones transnacionales obligaciones. El giro regulatorio no supuso un desmantelamiento de todos sus privilegios, sino la atenuación del sesgo de debilidad a su favor mediante un control y monitoreo. Así, buscaban un código universal,<sup>41</sup> adoptado por un instrumento multilateral vinculante que obligara internamente a las partes al cumplimiento de sus disposiciones y a la búsqueda de alguna exigibilidad internacional para reforzar la acción nacional. Ello supuso la concentración de la vinculatoriedad en los Estados como presupuesto para derivar una eficacia sobre las corporaciones transnacionales. Al respecto, algunos manifestaron: “El Código deberá ser más que una simple declaración de principios y deberá ser vinculante en naturaleza y asegurar que las CTN hagan una contribución positiva a la implementación de la declaración y al programa de acción del Nuevo Orden y la Carta de Derechos y Deberes de los Estados”.<sup>42</sup> A lo anterior se sumaron —y de una forma más favorable para las compañías transnacionales— propuestas individuales de Estados como Chile, sugiriendo un Código dirigido a las CTN, pero sin ser vinculante.<sup>43</sup> Así, la responsabilidad internacional de estos sujetos no se pensó como un eje de la negociación.<sup>44</sup>

Por su parte, los Estados desarrollados tenían una posición cohesionada sobre el carácter no vinculante del Código frente a las corporaciones transnacionales y los Estados. Ello sugiere su interés por defender el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero con la exclusión de una responsabilidad internacional en contra de las CTN. Con tal fin justificaron la conservación de la estructura

<sup>40</sup> El doctor Sergio González Gálvez, presidente de la Comisión de CTN durante el 83, expresó en una entrevista que el Código de Conducta por parte de los Estados en desarrollo se pensó como un instrumento vinculante o cuasiobligatorio. Pero los Estados desarrollados rechazaron este aspecto. Según su versión, estos Estados no querían un código vinculante porque les crearía muchas obligaciones a las CTN que no tenían en ese momento, y los beneficios por el tratamiento recibido eran pocos comparados con las obligaciones. Entrevista concedida en enero de 2012.

El doctor Miguel Marín Bosch, presidente de la Comisión de CTN desde el 85 hasta la etapa final de negociación del Código, indicó en una entrevista que los Estados desarrollados no querían un Código vinculante que se abriera a la firma con todos los trámites para su vinculatoriedad. Entrevista concedida en diciembre de 2011.

<sup>41</sup> Naciones Unidas, Draft Code of Conduct for Transnational Corporations, Proposed by Venezuela on behalf of the Group of 77, E/C.10/1983/S/4, 21 de enero de 1983 (22 de mayo de 1981), 3. Se trató de la propuesta del Código presentada por Venezuela en representación del G77. Allí se indicó: “Agree to adopt this universally applicable Code of Conduct”.

<sup>42</sup> Naciones Unidas, Report of the Commission on Transnational Corporations, Report on the Second Session, 1 al 12 de marzo de 1976, párr. 44 (traducción libre).

<sup>43</sup> Naciones Unidas, E/C.10/19, 30 de diciembre de 1976, párr. 12.

<sup>44</sup> *Ibid.*, República de Alemania Federal, párr. 28, Finlandia, párr. 22, Holanda, párr. 64, el Reino Unido, párr. 69, Estados Unidos, párr. 82. Ver E/C.10/19.

clásica de responsabilidad en cabeza de los Estados, dada la naturaleza opuesta de los sujetos regulados en un mismo instrumento internacional. Así, países como Estados Unidos,<sup>45</sup> el Reino Unido,<sup>46</sup> Francia<sup>47</sup> y Alemania Federal<sup>48</sup> se apoyaron en la estructura clásica del derecho internacional, apuntalada en el carácter diferenciado de los sujetos no estatales y estatales. Con ese referente, sustentaron la falta de vinculatoriedad del Código por el carácter no estatal de las CTN, y la complejidad para la regulación de sus actividades y efectividad del mismo, dando privilegio a una regulación con alcances locales. De ese modo, el sesgo de debilidad se incorporó en el carácter diferenciado entre los Estados y las corporaciones transnacionales. Este argumento dio resguardo al sesgo y contribuyó a garantizar el estatus limitado de las compañías transnacionales. No obstante, la ausencia de un estatus internacional para estos sujetos, que los hiciera objeto de demandas internacionales, no funcionaba del mismo modo para la protección de sus intereses en los Estados receptores. En este caso, los Estados desarrollados tomaban la bandera del sesgo de debilidad para garantizar la defensa internacional de sus intereses, más que para imponerles obligaciones internacionales.

Pese a la falta de un consenso inicial sobre la naturaleza del Código, y al hecho de dejarla para su parte “conclusiva”,<sup>49</sup> la posición de los Estados desarrollados

<sup>45</sup> Estados Unidos manifestó: “El código deberá tratar de influenciar más que regular el comportamiento de las corporaciones transnacionales. Los esquemas regulatorios más allá del alcance nacional son poco viables e irrealizables. De otro lado, la conciencia sobre un código general y voluntario no deberá excluir la negociación de acuerdos vinculantes en temas específicos, tales como los pagos ilícitos”. Naciones Unidas, E/C.10/19, 30 de diciembre de 1976, párr. 85 (traducción libre).

<sup>46</sup> El Reino Unido consideró: “El Gobierno del Reino Unido cree que no podría ser realizable el intento de preparar un código imperativo, dada la existencia de diferencias en legislaciones, políticas y objetivos entre Estados. Entonces, la primera tarea de la Comisión deberá ser la de redactar lineamientos no legalmente vinculantes, cubriendo las responsabilidades de los gobiernos y las corporaciones. La fuerza moral de los lineamientos voluntarios, respaldada por todos los Estados miembros, no deberá ser subestimada”. *Ibid.*, párr. 72 (traducción libre).

<sup>47</sup> Francia determinó: “Un código de conducta deberá ser voluntario, evolutivo y universal. Un tratado internacional con una fuerza vinculante no logrará una amplia aceptación; por lo tanto, el código deberá ser un instrumento en forma de recomendaciones, incluyendo principios de conducta dirigidos a los Estados y a las corporaciones transnacionales”. Naciones Unidas, E/C.10/19/Add. 1, 22 de marzo de 1977, 8 (traducción libre).

<sup>48</sup> La República Federal de Alemania sostuvo: “El Gobierno Federal favorece un código voluntario. Desde que las corporaciones transnacionales no son entidades legales bajo el derecho internacional, las recomendaciones dirigidas a ellas podrían ser vinculantes solo si ellas son convertidas al derecho doméstico. Un código vinculante requeriría reglas lo suficientemente concretas y una armonización con la legislación nacional, la cual, dada los divergentes puntos de vista con los Estados miembros, parece ser improbable. Un código legalmente no vinculante no necesariamente carece de fuerza vinculante si sus provisiones se formularon de forma concreta y con el procedimiento de consulta establecido”. Naciones Unidas, E/C.10/19, párr. 29 (traducción libre).

<sup>49</sup> Naciones Unidas, Completion of the Formulation of the Code of Conduct on Transnational Corporations, Information Paper on the Negotiations, Note by the Secretariat, E/C.10/1983/S/2, 4 de enero de 1983, párr.10.

influenció al Ecosoc y a la Comisión de las CTN, lo que favoreció al sesgo de debilidad. En efecto, en 1980, el Ecosoc expidió una resolución reafirmando la prioridad de un código para las CTN, que debería ser “efectivo, comprensivo, generalmente aceptado y universalmente adoptado”.<sup>50</sup> Eso se traduciría en un instrumento que no sería obligatorio ni para las compañías multinacionales o los Estados, disponiendo para estos obligaciones más flexibles. La Comisión no era ajena a los riesgos que implicaba la ausencia de vinculatoriedad del Código con respecto a los Estados. En principio sostuvo que el instrumento ideal para la adopción del Código era una convención vinculante, a fin de restringir la voluntad de los Estados, y constituirse en una fuente de responsabilidad internacional estatal en caso de su violación.<sup>51</sup>

Sin embargo, la Comisión era consciente de que un instrumento vinculante era riesgoso para su consenso y funcionamiento al requerir una adherencia formal de los Estados. La adherencia de los Estados desarrollados no era muy esperada, sumado a la posibilidad de formular reservas. Ellos, como los impulsores y defensores del sesgo de debilidad a favor de las CTN, no consideraban constreñirlas mediante un instrumento que las obligara a actuar en ese sentido. Ante tal situación quedaba la esfera local, en cuanto que el Centro de las Corporaciones Transnacionales era relevante para la operación del Código.<sup>52</sup> En este sentido, el éxito en su implementación dependía del instrumento de adopción del Código y de su precisión. De ser preciso en su redacción, sería más homogéneo en su aplicación interna entre los Estados.<sup>53</sup> Así, la Comisión optó por un Código no vinculante, y señaló que su eficacia frente a los Estados o las corporaciones no se condicionaba a su naturaleza. La Comisión agregó que su vinculatoriedad no era prioritaria,<sup>54</sup> máxime por los efectos de algunas resoluciones de la ONU.<sup>55</sup> De ese modo, el sesgo de debilidad se favorecía porque los Estados tendrían menos compromisos internacionales, luego serían más flexibles frente a las obligaciones creadas para las CTN.

<sup>50</sup> Naciones Unidas, Consejo Social y Económico, Resolución 60 de 1980.

<sup>51</sup> “El impacto puede ser fuerte y más directo si el Código es adoptado por medio de una convención internacional, pero podría darse en caso de un instrumento no vinculante”. Naciones Unidas, Transnational Corporations: Certain Modalities for Implementation of a Code of Conduct in Relation to its Possible Legal Nature, Report of the Secretariat, E/C.10/AC.2/9, 22 de diciembre de 1978, párr. 21 (traducción libre).

<sup>52</sup> Naciones Unidas, E/C.10/AC.2/9, 22 de diciembre de 1978, párr. 18.

<sup>53</sup> *Ibid.*, párr. 23 a 26.

<sup>54</sup> *Ibid.*, párr. 15.

<sup>55</sup> Algunas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas lograban un impacto significativo en el derecho internacional, dado que eran adoptadas por unanimidad o apoyadas por los Estados en los debates o por el lenguaje adoptado. *Ibid.*, párr. 16.

La eficacia del Código estaba amarrada a la maquinaria institucional para su implementación, y no solo a la naturaleza del instrumento para su adopción y a su precisión. En principio, se propuso un esquema para atenuar el sesgo de debilidad, implementando diferentes instancias para un control y monitoreo de las compañías transnacionales. No obstante, ese esquema rápidamente se debilitó, fortaleciendo el sesgo de debilidad, dado que centró la atención en la inclusión del arbitraje internacional para la defensa de los intereses de las corporaciones transnacionales. Así, para el control de las actividades de las compañías transnacionales se propuso la creación de mecanismos de cooperación intergubernamental, consultivos o administrativos, y de resolución de disputas propiamente, sin equipararse con una responsabilidad internacional para las CTN. En relación con los mecanismos intergubernamentales se pensó en convenios de cooperación entre Estados a fin de rastrear las actividades de una CTN,<sup>56</sup> y con el fin de ser controlada en un solo país, precisamente por el ejercicio de actividades transnacionales. Con respecto a los consultivos se pensó en cuatro categorías internacionales de carácter institucional: secretaría, panel, comité y un cuerpo *ad hoc*.<sup>57</sup> En general tendrían funciones consultivas, aclarando que el comité y el cuerpo *ad hoc* tendrían una mayor competencia en este campo.<sup>58</sup> Adicionalmente, el estudio sobre la implementación del Código previó sanciones para las corporaciones. De ser graves, serían impuestas por un comité de alto nivel compuesto por representantes de los Estados, con sanciones y efectos en el ámbito nacional e internacional.<sup>59</sup>

En cuanto a la solución de diferencias legales, el Código distinguió las disputas entre Estados<sup>60</sup> y entre estos y las corporaciones transnacionales. Además, distinguió entre la solución de diferencias de carácter judicial y arbitral, y las agotadas por mecanismos tradicionales como la conciliación o mediación,<sup>61</sup> sin ser equiparados con los mecanismos consultivos.<sup>62</sup> La regulación de contro-

<sup>56</sup> *Ibid.*, párr. 33-34.

<sup>57</sup> *Ibid.*, párr. 50-54.

<sup>58</sup> En el caso del comité, este cubriría amplias funciones que abarcan desde el diseño de políticas, la adopción de acciones y de decisiones para ratificar las del secretariado o panel, hasta la implementación de decisiones tomadas en los procedimientos para el acuerdo de disputas, o la imposición de sanciones por violación al Código. *Ibid.*, párr. 53.

Los cuerpos *ad hoc*, como instancias en las cuales no existían disputas propiamente dichas, podrían solucionar las diferencias relacionadas con la aplicación y la interpretación del Código entre Estados y entre estos y las CTN, sobre la base de un acuerdo voluntario o compulsorio para acudir ante tal instancia y la imposición de posibles sanciones. *Ibid.*, párr. 54.

<sup>59</sup> *Ibid.*, párr. 88-90.

<sup>60</sup> Las controversias entre Estados podían iniciarse por uno o ambos Estados, incluyendo la posibilidad de agotar mecanismos como la conciliación o mediación. *Ibid.*, párr. 80-81.

<sup>61</sup> *Ibid.*, párr. 78.

<sup>62</sup> *Ibid.*, párr. 75.

versias, con participación de las CTN, era de gran relevancia para el sesgo de debilidad, pues supondría ir más allá de la mera consagración de derechos para las compañías multinacionales. Bajo ese sesgo, los Estados deben garantizarles a las CTN instancias internacionales para la defensa de sus derechos, más que para su constreñimiento. La Comisión, en línea con ese fin, precisó que los conflictos judiciales entre las corporaciones transnacionales y los Estados no serían resueltos por un procedimiento judicial internacional, pues era inapropiado por la diferencia de estatus entre las partes. Por ello, las cortes locales u otras autoridades de este rango eran idóneas, salvo que los Estados accedieran a un mecanismo independiente de solución de diferencias.<sup>63</sup> Estos mecanismos podrían ser algunos de los dispuestos para los Estados (conciliación o mediación), o el arbitraje ante centros como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversión (Ciadi) o la Cámara de Comercio Internacional.<sup>64</sup>

En los borradores finales, la plataforma de implementación mapeada se había debilitado. Al contrario, el arbitraje internacional para resolver las controversias entre Estados y las CTN era una opción factible. Lo cual era una clara señal del fortalecimiento del sesgo de debilidad y de la preparación de su retorno fortalecido con la explosión de tratados bilaterales en los años noventa. Al final, el sesgo de debilidad capitalizó a su favor la resistencia de los Estados en desarrollo con respecto a su defensa internacional.

En conclusión, la implementación del Código quedó plasmada en términos de cooperación intergubernamental,<sup>65</sup> acción de nivel nacional<sup>66</sup> y maquinaria internacional.<sup>67</sup> Sin embargo, estas categorías se caracterizaron por su ambigüedad y por recaer en los Estados, lo que dejó en el limbo el control y monitoreo sobre las CTN. Luego, la falta de vinculatoriedad del Código, así como las lagunas en su redacción, actuaron en beneficio del sesgo de debilidad. El interés por su atenuación se desdibujó, ganando espacio la regulación de derechos a su favor. De hecho, el Código no se pronunció de forma clara sobre los mecanismos de solución de diferencias distintos a los previstos en el título relacionado con el tratamiento dado a las CTN. Aquí el debate estaba centrado en cómo

<sup>63</sup> *Ibid.*, párr. 84.

<sup>64</sup> *Ibid.*, párr. 85-86.

<sup>65</sup> Naciones Unidas, E/1983/17 o E/C.10/1983/S/5, 2 de junio de 1983, párr. 60 y 62-65.

<sup>66</sup> *Ibid.*, párr. 66.

<sup>67</sup> En lo que respecta a la maquinaria internacional, se dispuso a la Comisión de las Naciones Unidas como órgano principal y como el cuerpo internacional en el sistema de las Naciones Unidas en temas relacionados con el Código, con funciones básicamente consultivas, de aclaración y de revisión periódica en la implementación del Código. Se dispuso al Centro de las CTN como la Secretaría de la Comisión. *Ibid.*, párr. 67-69.

y en dónde las corporaciones transnacionales podrían exigirles sus derechos a los Estados. Tampoco fue clara la versión final sobre las sanciones por adoptar y la vinculatoriedad de los mecanismos por implementar.

La naturaleza e implementación del Código muestran que, indistintamente de su ingreso en el mundo del *hard* o *soft law*, las CTN estarían exentas de una responsabilidad internacional. En efecto, la posición de los Estados en desarrollo y desarrollados en relación con la naturaleza del Código tenía algo en común. La vinculatoriedad expuesta por los Estados en desarrollo no se ancló a la creación de una responsabilidad internacional para las corporaciones transnacionales. En otras palabras, la negociación del Código no pretendió desmantelar el sesgo de debilidad, aunque haya sido la mayor batalla que ha librado. Desde un principio, el sesgo logró condicionar la voluntad regulatoria de los Estados, impidiendo la creación en su contra de obligaciones internacionales en un instrumento vinculante.

### **El poder del sesgo de debilidad frente a los Estados en desarrollo**

Con las aproximaciones sobre la doble regulación del Código y su naturaleza y vinculatoriedad frente a las corporaciones transnacionales, es pertinente responder por qué los Estados en desarrollo, después de su marcado descontento con las CTN y del liderazgo ganado en la primera fase de negociación del Código, no propusieron una responsabilidad internacional para las CTN. Esta pregunta alberga diferentes aproximaciones, pero todas se identifican con el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero.

Para el momento de la negociación del Código, el descontento de los Estados en desarrollo con las CTN y su liderazgo no eran suficientes para defender una responsabilidad internacional sobre esos sujetos corporativos, y tampoco era lo más conveniente para estos Estados. Pese a su capacidad de negociación, esta no era suficiente para imponerse ante la voluntad de los Estados desarrollados. Estos Estados podrían tener voluntad para “menguar” las insatisfacciones de los Estados en desarrollo al ceder ante algunas de sus pretensiones, pero no tendrían voluntad para extinguir el sesgo de debilidad. Como se explicó en el capítulo anterior, diversas causas confluyeron para que los Estados en desarrollo propusieran un giro en la regulación dada a las corporaciones transnacionales: los intentos de un golpe de Estado con participación de una CTN y un Estado desarrollado, la explotación de recursos con desventaja para los países receptores, el apoyo al *apartheid* de algunas empresas, etcétera. Sumado a ello, los Estados en desarrollo detectaron desde un principio los límites impuestos por

los Estados desarrollados para atacar el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero. En últimas, eran estos quienes habían promovido su gestación mediante una percepción de debilidad, y su consecuente transformación en un sesgo de debilidad inserto en la estructura regulatoria de la inversión extranjera.

Además, proponer la responsabilidad internacional para las corporaciones transnacionales tampoco era conveniente para los Estados en desarrollo. El disgusto que tenían con las CTN debía ser administrado en beneficio de los intereses de estos Estados. Una cosa era formular obligaciones internacionales en un instrumento de *soft law* con alguna medida de exigibilidad y otra era defender la responsabilidad internacional de las CTN. El pasado imperial como un aliado para la creación de la percepción de debilidad a favor del inversionista y de su transformación en un sesgo, así como el conglomerado de impactos negativos de las compañías multinacionales en los Estados en desarrollo, no podían traducirse en la exclusión de estos actores. De hecho, estos Estados propusieron desde un principio que el Código no vinculara a las CTN, y tampoco sería su fuente de responsabilidad internacional. Aunque para el momento de la negociación del Código esos sujetos corporativos no habían sido los más benévolos con los Estados receptores, ellos tampoco pretendían excluirlos. Pese a todos los ánimos nacionalistas o al escepticismo, estos Estados pretendieron limitarles el marco de protección internacional e imponerles obligaciones pero no atribuirles responsabilidad internacional, con lo cual le causarían al sesgo de debilidad su máxima agonía. Desde la mirada de estos Estados, su capacidad de negociación podría cambiar la dinámica tradicional de relaciones con las corporaciones transnacionales, consiguiendo que su presencia fuera más beneficiosa para el Estado receptor.

El giro regulatorio propuesto por los Estados en desarrollo sugiere que ellos actuaban bajo las prescripciones del sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero. Por más que quisieran apartarse de él, los límites no solo venían de los Estados desarrollados. Pese a la resistencia que esos Estados opusieron para proteger internacionalmente al inversionista extranjero, ellos habían incorporado en la regulación de las corporaciones transnacionales el sesgo de debilidad difundido por los Estados desarrollados. Luego, el sesgo se superpuso a las tensiones ideológicas, consiguiendo que ellos prestaran su voluntad para contribuir con su afianzamiento. El sesgo, entonces, ya limitaba su voluntad regulatoria, mediante el uso dado al derecho. De ese modo, la creación de una responsabilidad internacional no solo estaba limitada por los intereses económicos de los Estados en desarrollo con respecto a las CTN. Desde el rol jugado

por el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero, la libertad regulatoria de estos Estados se encontraba atada a los mandatos del sesgo incorporados en la regulación establecida para las corporaciones transnacionales.

Sumado a ello, para la década de los ochenta se debilitó el debate sobre las obligaciones y la maquinaria para su exigibilidad. La fuerza de las propuestas no era la misma, la crisis petrolera del 73, que jugó a su favor, se truncó con los problemas de la deuda de los Estados latinoamericanos, así como con el debilitamiento del bloque de Estados socialistas. De ese modo, las economías con enfoques nacionalistas perdieron poder, dando paso al paquete de medidas de corte neoliberal propuestas por el FMI como condición para financiar la crisis. Todo ello fue capitalizado por el sesgo de debilidad. Como se verá más adelante, en ese escenario de medidas neoliberales, regular para constreñir a las CTN no era una solución.

#### LA DISTINCIÓN ENTRE OBLIGACIONES INTERNACIONALES Y DERECHO INTERNACIONAL: LA RESTRICCIÓN AL SESGO DE DEBILIDAD

Los debates sobre la distinción entre obligaciones y derecho internacional, alrededor del Código, impactaron el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero. Según las posturas de los Estados, la selección de uno de ellos ampliaba o restringía los alcances internacionales del sesgo de debilidad. En la práctica, tal escogencia podría conferirles o restarles poder a las CTN en la defensa internacional de sus derechos. Así, la postura garantista de los Estados desarrollados defendía la inclusión del derecho internacional como herramienta para ampliar y fortalecer el alcance del sesgo de debilidad. En contraste, los Estados en desarrollo se basaron en las obligaciones internacionales para restringir el alcance de tal sesgo. Lo anterior sugiere que el sesgo de debilidad se apoya en el derecho internacional para mantener su poder y alcances. En tal sentido, el siguiente acápite explica las razones por las cuales el derecho internacional es el aliado del sesgo de debilidad, y encuentra su impulso en los Estados desarrollados y en desarrollo. Para ese fin se abordan los impactos del estándar mínimo internacional en la distinción entre obligaciones y derecho internacional.

#### **El estándar mínimo internacional de trato y la defensa del sesgo de debilidad**

Los quince años de negociación del Código reflejan que la distinción entre derecho internacional y obligaciones internacionales tenía en su base la aceptación del estándar mínimo internacional para las CTN, como parte de una norma

de derecho internacional consuetudinario (DIC). Para el momento de la negociación, el propósito de los Estados desarrollados era asegurar la aceptación del estándar mínimo internacional de trato, ante el escepticismo de los Estados en desarrollo de proteger internacionalmente a las corporaciones transnacionales bajo el derecho consuetudinario. Luego, la incorporación de ese estándar era la forma de garantizar la vigencia y el alcance del sesgo de debilidad. Según sus posturas, una norma consuetudinaria tenía el poder de vincular a los Estados en desarrollo, dominando su resistencia, a favor del inversionista. Como contrapeso, estos Estados, con la distinción entre obligaciones y derecho internacional, propiciaron la atenuación del sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero, ya que optar por una referencia a las obligaciones internacionales restringía el marco de protección del derecho internacional para una CTN.

Dada la relevancia que la distinción señalada tenía para la protección de las corporaciones transnacionales, la Asamblea General de las Naciones Unidas solicitó a la Comisión de CTN un informe sobre las complejidades de ambas expresiones.<sup>68</sup> En respuesta, este organismo analizó 1) si hay principios universales de derecho internacional que prescriban estándares mínimos para las CTN, que sujeten el derecho local, y 2) si el concepto de soberanía nacional dispone que todos los aspectos de tal tratamiento se gobiernen por el derecho nacional, con sujeción a algún acuerdo internacional suscrito libremente por el Estado implicado.<sup>69</sup> En términos generales, el informe sugirió que las posturas de los Estados en desarrollo y desarrollados no pretendieron demoler la protección internacional para las CTN. De ese modo, hubo un consenso para conservar los alcances internacionales del sesgo de debilidad; cosa distinta era la definición de su radio de acción. Así, el informe indicó las relaciones entre ambas expresiones (derecho internacional y obligaciones internacionales) respecto al trato dado a la inversión extranjera y a la soberanía de los Estados sobre los recursos naturales. El informe agregó que para efectos del Código el estándar mínimo de trato estaría comprendido en la nacionalización o expropiación, en los contratos estatales, en el trato no discriminatorio y en un trato justo y equitativo.<sup>70</sup>

La primera posición, respaldada por los Estados industrializados, mantenía su apoyo a la conservación del sesgo de debilidad a favor de las corporaciones transnacionales, mediante su protección bajo el derecho internacional consue-

<sup>68</sup> Naciones Unidas, Decisión de la Asamblea General 19/443, contenida en E/C.10/1985/S/2, 23 de mayo de 1985, párr. 2.

<sup>69</sup> Naciones Unidas, E/C.10/1983/S/2, 4 de enero de 1983, 14.

<sup>70</sup> Naciones Unidas, E/C.10/1985/S/2, párr. 30.

tudinario. En ese sentido, indicaron que este derecho contiene un estándar mínimo de trato aplicable entre los Estados y las corporaciones. Por tal razón, el universo regulatorio de las CTN se encontraba en las obligaciones internacionales contenidas en tratados internacionales, en los principios y en el derecho internacional consuetudinario. Según esa posición, este último puede prescribir principios y reglas en temas como: la jurisdicción sobre las CTN, la nacionalización y compensación, la renegociación de los contratos con el Estado, el trato no discriminatorio, la protección diplomática y los procedimientos para la solución de disputas entre el gobierno y las compañías,<sup>71</sup> a lo que se agrega el carácter consuetudinario de la responsabilidad de los Estados por daños a los extranjeros.

Con la anterior posición, los Estados desarrollados se consagraban como los defensores originarios del sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero. De hecho, armar la defensa internacional con apoyo en una norma consuetudinaria les permitió condicionar la voluntad regulatoria de los Estados en desarrollo. En tal sentido, la incorporación del estándar mínimo de trato para las CTN se apuntaló en el carácter imperativo y general inherente a las normas consuetudinarias. Los Estados desarrollados sostuvieron, entonces, que todo sujeto internacional debía reconocer una protección especial para los inversionistas extranjeros, sin importar sus posturas ideológicas. Máxime porque el ejercicio de la soberanía los condicionaba a aceptar el derecho internacional, y con ello la doctrina clásica de la responsabilidad internacional de los Estados, con inclusión del estándar mínimo internacional de trato para el inversionista extranjero, si querían ingresar al sistema internacional.<sup>72</sup> De no ser así, podría configurarse una responsabilidad internacional. Así, la posición de los Estados desarrollados supuso un uso estratégico del derecho internacional en beneficio de la conservación y afianzamiento del sesgo de debilidad.

La segunda corriente, liderada por los Estados en desarrollo y socialistas, pretendió debilitar el poder ganado por el sesgo de debilidad. Con tal propósito, en esta corriente se argumentó que no hay un estándar de derecho internacional consuetudinario para el trato dado a las CTN. Luego su regulación se ligaba al derecho local, relacionándose con el derecho internacional en las obligaciones estipuladas en instrumentos internacionales suscritos por ellos. Los Estados en desarrollo agregaron que la soberanía sobre los recursos naturales solo estaba condicionada por las obligaciones bilaterales y multilaterales suscritas de forma

<sup>71</sup> *Ibid.*, párr. 25c.

<sup>72</sup> Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, 210 y 313.

libre por ellos.<sup>73</sup> Con esta postura, los Estados en desarrollo debilitaban el sesgo de debilidad, removiendo las normas consuetudinarias promovidas por los Estados desarrollados en beneficio de las CTN. De ese modo, la defensa internacional de estos actores se limitaba a la voluntad convencional de los Estados, restringiendo el radio de acción del sesgo de debilidad a ese ámbito con respecto al poder regulatorio de los Estados.

La Comisión de CTN, en el informe para la sesión especial de junio de 1985, llegó a una conclusión sobre la doctrina de la responsabilidad de los Estados por daños a los extranjeros y las posturas al respecto de los Estados en desarrollo y desarrollados. Según el informe, para los Estados en desarrollo, la responsabilidad de los Estados por injurias al extranjero era un cuerpo de estándares internacionales empleado por los Estados de occidente para proteger los intereses económicos de los inversionistas extranjeros, contruidos sin su participación.<sup>74</sup> La Comisión, receptiva a los reparos formulados por los Estados en desarrollo, señaló que un sistema internacional dirigido únicamente a los intereses de una parte en una relación de inversión no inspira confianza y justicia. De allí que fuera necesario un sistema que protegiera los intereses del Estado receptor con apropiadas restricciones y obligaciones sobre las CTN.<sup>75</sup> Con ese informe, la Comisión denotó que el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero se superpuso a la voluntad regulatoria de los Estados, imponiéndose ante sus criterios ideológicos. Así, consiguió un caudal de derechos internacionales a su favor, con la exclusión de obligaciones, y dejó a los Estados receptores en una posición desventajosa.

En el mismo informe, el deseo de la Comisión de formular un código efectivo, generalmente aceptado y universalmente adoptado,<sup>76</sup> impulsó una interpretación con implicaciones para las partes y para el sesgo de debilidad. Sobre este se evidenciaba la intención de garantizar la protección de las CTN bajo los postulados de los Estados desarrollados, sin desconocer las posturas de los Estados en desarrollo en la redacción de las cláusulas. Así, desde la sesión

<sup>73</sup> Naciones Unidas, E/C.10/1984/S/2, párr. 15; *The CTC Reporter* n.º 18, 1984, 9.

Así, la primera cláusula relativa a la soberanía sobre los recursos naturales dispuso:

“6. Las corporaciones transnacionales deberán respetar la soberanía nacional de los países en los cuales ellos operan, y el derecho de cada Estado de ejercer su [soberanía plenamente permanente,] [en correspondencia con el derecho nacional,] [en correspondencia con los acuerdos logrados por los países involucrados sobre una base bilateral o multilateral] sobre sus recursos naturales, [bienestar y actividades económicas] en su territorio” (traducción libre).

<sup>74</sup> Naciones Unidas, E/C.10/1985/S/2, párr. 53, literal a, b y c.

<sup>75</sup> *Ibid.*, párr. 53, literal b.

<sup>76</sup> Naciones Unidas, Arrangements for Completing the Formulation of a Draft Code of Conduct on Transnational Corporations, E/1982/68, 27 de octubre de 1982.

especial de la Comisión en marzo y mayo de 1983, el presidente de la misma logró una fórmula general para el Código, pero compromisoria, es decir, sin pleno consenso. Según esta fórmula, en el Código se hablaría de “obligaciones internacionales” para cubrir todas las reglas relevantes.<sup>77</sup> La provisión dispuso entonces: “El principio del cumplimiento en buena fe de las obligaciones internacionales aplicará al Código”.<sup>78</sup> Mediante los alcances dados a esa provisión por parte de la Comisión y del grupo de expertos, el sesgo de debilidad se revitalizó, pues consiguió la inclusión del universo del derecho internacional, esto es, tanto de obligaciones convencionales como del universo de normas consuetudinarias y de los principios de derecho internacional general. Cosa distinta es que los Estados desarrollados no lo hubieran consentido.

En el informe de 1985, la Comisión sostuvo que el establecimiento de unos estándares sería facilitado si los términos “derecho internacional” y “obligación internacional” no eran considerados excluyentes, buscando maximizar el consenso provisional. Con ello, el sesgo de debilidad mantenía su espectro en el derecho internacional consuetudinario. En el caso de la responsabilidad de los Estados por el trato dado a las compañías extranjeras, la expresión “obligaciones internacionales” subsumía las obligaciones internacionales contenidas en tratados, convenciones y otros acuerdos, acorde con el derecho internacional clásico; asimismo, las contenidas en el derecho consuetudinario de la responsabilidad de los Estados. Similarmente, para los que tenían una visión restringida de la responsabilidad del Estado, el derecho internacional subsumía las obligaciones internacionales prescritas por el derecho internacional, incluyendo los tratados, convenciones y acuerdos basados en el expreso consentimiento de los Estados, lo que hace a las expresiones “derecho internacional” y “obligaciones internacionales” intercambiables.<sup>79</sup> No es claro en los informes la reacción de los Estados en desarrollo sobre esta fórmula interpretativa. Los Estados industrializados la rechazaron, para ellos el sesgo de debilidad requería una redacción específica a fin de garantizar la protección internacional de las CTN.

En la sesión especial reconvenida en junio de 1985, el presidente de la Comisión propuso una cláusula relacionada con el derecho internacional, producto de tres consultas informales (en febrero, abril y junio de 1985), con el fin de

<sup>77</sup> Naciones Unidas, E/C.10/1984/S/2, párr. 23 (traducción libre).

<sup>78</sup> Patrick L. Robinson, “The June 1985 Reconvened Special Session on the Code”. *The CTC Reporter* n.º 20 (1985).

<sup>79</sup> Naciones Unidas, E/C.10/1985/S/2, párr. 54.

destrabar las negociaciones.<sup>80</sup> La propuesta decía: “En todas las materias relacionadas con el Código, los Estados deberán cumplir en buena fe sus obligaciones internacionales”.<sup>81</sup> Esta fórmula fue acogida por la mayoría de expertos participantes en la sesión especial de junio de 1985, orientándose su interpretación a los postulados del sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero, pero sin satisfacer con plenitud a los Estados desarrollados. Según el grupo, cubriría obligaciones bajo los tratados o convenciones, así como las que emanan de los principios legales internacionales, generalmente respetados y aceptados.<sup>82</sup> Sin embargo, los Estados desarrollados sugirieron una cláusula que dispusiera: “[...] Incluyendo aquellas requeridas por las normas de derecho internacional y principios generalmente reconocidos”,<sup>83</sup> sin diferir de la propuesta de un experto de Estados Unidos, quien indicó que su redacción, expresamente, debería consagrar: “[...] Principios internacionales generalmente respetados y aceptados”.<sup>84</sup> Otros sugirieron la inclusión de una referencia explícita al derecho internacional.<sup>85</sup>

La fórmula presentada por el presidente de la Comisión en 1985, junto con las anotaciones, fue nuevamente discutida en el simposio de La Haya sobre el Código de Conducta de las CTN en 1989. El simposio reunió las opiniones de un grupo de expertos sobre los temas más debatidos en el Código. En sus conclusiones, el sesgo de debilidad se impuso y la cláusula en comento se interpretó bajo los parámetros liderados por los Estados desarrollados. Así, respecto a la distinción entre “derecho internacional” y “obligaciones internacionales”, el grupo concluyó que no era esencial en el Código. Según su pronunciamiento, un Estado, en sus obligaciones con el inversionista extranjero, no podía escoger la fuente de las mismas. De tal modo, para el grupo, las obligaciones de los Estados con el inversionista extranjero comprendían las convencionales y las del derecho internacional consuetudinario.<sup>86</sup> Puesto que, indistintamente de si la cláusula se refería a obligaciones en el derecho internacional u obligaciones internacionales, debía aclararse que ello no significaba la internacionalización de

<sup>80</sup> Naciones Unidas, Completion of the Code of Conduct on Transnational Corporations, Solutions to Principal Outstanding Issues in the Draft Code of Conduct on Transnational Corporations, Report of the Secretary General, E/C.10/1986/S/2, 11 de diciembre de 1985, párr. 3.

<sup>81</sup> Naciones Unidas, Report of the Chairman, on Behalf of the Bureau, Pursuant to General Assembly Decision 39-443, to the Commission at its Reconvened Special Session, E/C.10/1986/S/2, anexo I, 17 al 21 de junio de 1985, 9 (traducción libre).

<sup>82</sup> Naciones Unidas, Statement of Expert Advisers at the Reconvened Special Session of the Commission, E/C.10/1986/S/2, anexo II, 17 al 21 de junio de 1985, 15.

<sup>83</sup> Naciones Unidas, E/C.10/1986/S/2, anexo I, 9 (traducción libre).

<sup>84</sup> Robinson, “The June 1985 Reconvened Special Session on the Code”, 12 (traducción libre).

<sup>85</sup> Naciones Unidas, E/C.10/1986/S/2, anexo I, 9.

<sup>86</sup> Naciones Unidas, E/C.10/1990/5, Annex Report on the Hague Symposium on the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations, 15 y 16 de septiembre de 1989, 29.

todas las obligaciones. Tal era el caso de las obligaciones surgidas por contratos entre Estados y las corporaciones transnacionales.<sup>87</sup>

La última propuesta que la Comisión de CTN presentó en relación con la cláusula general del derecho internacional en el Código utilizó la expresión “obligaciones bajo el derecho internacional”. Esta, después de todo el debate sobre derecho internacional y obligaciones internacionales y de las conclusiones dadas, no fue aceptada por los Estados desarrollados. Varias de estas delegaciones consideraron que los estándares de tratamiento en el Código deberían armonizarse con otros instrumentos internacionales sobre inversión extranjera, con una satisfactoria referencia al derecho internacional.<sup>88</sup>

Más allá de la precisión requerida frente a la cláusula comentada, el Código sugiere que el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero se superpone a la voluntad regulatoria de los Estados. El sesgo de debilidad logró mantener la atención de los Estados desarrollados y en desarrollo en el espectro de protección del derecho internacional a favor de la corporación transnacional. De hecho, bajo las posturas originales de los Estados en desarrollo y desarrollados, la escogencia entre obligaciones o derecho internacional confería o restaba poder a las CTN en la defensa de sus intereses, pero en ninguno de los casos la eliminaba. Así, en ese momento de escepticismo, los Estados desarrollados asumían que la incorporación del estándar mínimo internacional le aseguraría a las compañías multinacionales su protección por su carácter consuetudinario.

No obstante, después del fracaso del Código, la práctica arbitral ha mostrado que las CTN pueden ampliar su margen de protección en el derecho internacional cuando su protección convencional se desvincula de una referencia expresa del estándar mínimo internacional de trato. De ese modo, el sesgo de debilidad amplió su alcance, superando las restricciones de los Estados en desarrollo e incluso el marco de acción de los Estados que lideraron su formación y afianzamiento.

## CONCLUSIONES

El Código de Conducta de las Naciones Unidas para las CTN pretendió desestabilizar el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero bajo el liderazgo de los Estados en desarrollo. Si bien no supuso la creación de una responsabi-

<sup>87</sup> *Ibid.*, 29.

<sup>88</sup> Naciones Unidas, Commission on Transnational Corporations: Report on the 15th Session, E/1989/28/Rev. 1 E/C.10/1989/16/Rev. 1, 5 al 14 de abril de 1989, párr. 66.

lidad internacional para las corporaciones transnacionales, le apuntó en su fase inicial a debilitar dos baluartes de ese sesgo de debilidad. El primero consistió en restringir el alcance del derecho internacional para la protección de esos sujetos corporativos. Esto suponía desligar a las CTN de las normas consuetudinarias que los Estados desarrollados promovieron en su beneficio. El segundo implicó un giro sustancial en la regulación dada a las corporaciones transnacionales, proponiendo la inclusión de obligaciones internacionales. No obstante, los Estados no consagraron la vinculatoriedad de esas obligaciones para las corporaciones, en su lugar prefirieron atenuar el sesgo de debilidad, sugiriendo alguna medida de exigibilidad. Estos dos frentes han sido los mayores ataques al sesgo de debilidad a favor del inversionista, que desde su formación ha excluido la creación de obligaciones para su destinatario.

## LA VICTORIA DEL SESGO DE DEBILIDAD EN LOS TRATADOS BILATERALES

### INTRODUCCIÓN

Este capítulo explora cómo el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero revirtió el intento de desestabilización en el Código de Conducta de las Naciones Unidas y salió victorioso mediante su expansión en el universo de acuerdos internacionales, en especial, de tratados bilaterales de inversión, celebrados en los años noventa. En la estructura de estos instrumentos se revelan las prescripciones del sesgo de debilidad, lo que evidencia que el intento de atribuirles obligaciones a las CTN hace parte de la historia. Considerando lo anterior, el capítulo explora los disensos entre las negociaciones multilaterales y los consensos en las bilaterales, a la luz del sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero. Asimismo, se analizarán las motivaciones que anteceden a los TBI en clave del sesgo de debilidad, haciendo énfasis en los períodos de crisis. Aquí es relevante analizar los impactos del neoliberalismo en la década de los noventa, tomando como ejemplo el caso del Perú.<sup>1</sup>

### EL SESGO DE DEBILIDAD COMO NORMA EN LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN

Los quince años de debates alrededor del Código no saldaron las diferencias entre los Estados en desarrollo y desarrollados sobre los estándares de tratamiento para las CTN, pero mostraron su favorecimiento. Tampoco lograron conseguir la imposición de obligaciones para las corporaciones transnacionales

<sup>1</sup> La victoria del sesgo de debilidad podría tener una aproximación complementaria a la señalada. La mirada consistiría en analizar el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero desde el derecho doméstico. Un caso de estudio interesante sería el análisis en profundidad del Perú en la década de los noventa. Aquí se podrían explorar las diferentes variables que influyeron en el viraje de una economía basada en la sustitución de importaciones a un modelo económico de corte neoliberal, con incidencia en la regulación de la inversión extranjera. Quizá se podría concluir que el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero no solo tiene al derecho internacional como plataforma de fortalecimiento, sino también al derecho interno, aunque sin desconocer que el derecho internacional es su mejor paraguas. Para efectos de lo anterior, se podría estudiar la presencia de élites empresariales que buscan la adopción de un modelo neoliberal con énfasis en la protección y atracción de la inversión extranjera; la crisis económica en sus variables macro y microeconómicas; las políticas de privatización; el rol del Estado en la transición de un modelo económico a otro; el poder de instituciones financieras internacionales, y el impacto en ese modelo de gobiernos con tendencia autoritaria, entre otros. Sin embargo, lo indicado desborda el marco de estudio de este libro.

en un instrumento formalmente adoptado, y menos su responsabilidad internacional. El sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero superó su mayor prueba y se preparaba para un período de estabilidad y fortalecimiento. El fracaso del Código coincidió con la instauración de un modelo neoliberal que, sumado a la crisis económica experimentada en los años noventa, cambió la aproximación a la inversión extranjera. La ola de TBI que trajo ese período, para estimular la inversión extranjera, fue la mejor evidencia de la victoria del sesgo de debilidad frente a su intento de desestabilización en el Código de Conducta. Con la explosión de esos instrumentos, el sesgo de debilidad se refleja como una norma en un universo de tratados, reafirmando la estructura normativa que les imprime a los mismos y los límites a la responsabilidad internacional de las CTN. En efecto, el universo de acuerdos internacionales de inversión denota que ese sesgo de debilidad prescribe la regulación de derechos con la exclusión de obligaciones para las corporaciones transnacionales, pues es incompatible su imposición.

El Código de Conducta, a la luz de los TBI, refleja que las posturas multilaterales de los Estados en desarrollo y desarrollados pueden bilateralmente diluirse o mantenerse respectivamente. En ambas situaciones, la voluntad de los Estados se alinea con el sesgo de debilidad, optando por mantener su radio de acción. En el caso de los Estados en desarrollo, mantener sus posturas multilaterales en sedes bilaterales les resta competitividad individual, dado que desconocen las prescripciones del sesgo de debilidad a favor del inversionista. Estos Estados defienden en bloque un discurso anticolonialista para regular la inversión extranjera, y reafirman su soberanía y emancipación de la subyugación colonial. Con ello marcan diferencias con los Estados desarrollados en el alcance y contenido del derecho internacional, y de estándares de tratamiento claves para las CTN. Como consecuencia de esa postura, estos Estados promueven la negociación de tratados multilaterales con bajos estándares para el inversionista extranjero. En principio, esto supondría un temor a que su soberanía regulatoria sea limitada en beneficio del inversionista, como lo sugiere Shill.<sup>2</sup> Sin embargo, el riesgo de negociar un tratado multilateral con altos estándares radica en las ventajas,<sup>3</sup> o en el marco de movilidad que perderían estos Estados en sede bilateral,<sup>4</sup> aspecto

<sup>2</sup> Stephan Schill, *The Multilateralization of International Investment Law* (Nueva York: Cambridge, 2009), 236.

<sup>3</sup> Andrew Guzman, "Why LDCs Sign Treaties that Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties". *Virginia Journal of International Law* 38 (1997-1998): 679.

<sup>4</sup> Sornarajah manifiesta que los Estados en desarrollo no apoyan códigos multilaterales, pues limitan su capacidad de regular la inversión extranjera de manera significativa y les niegan el poder de negociar tratados bilaterales. El miedo se da, según su criterio, porque una vez se crea un tratado

que puede ser mejor comprendido desde el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero.

Desde las prescripciones del sesgo de debilidad, un TBI debe ser negociado con altos estándares de protección para el inversionista extranjero. Esta es la posición de los Estados desarrollados, la cual es dominante en la negociación de ese tipo de tratados con los Estados en desarrollo. Así, la concertación de esos instrumentos con esa clase de estándares responde a un comportamiento estratégico en beneficio de ambas categorías de Estados y del fortalecimiento del sesgo de debilidad. Para este, su incorporación en la regulación de la inversión extranjera debe promover su ampliación con provisiones diseñadas en ese sentido. Así, del lado de los Estados en desarrollo, la celebración de un tratado con altos estándares de protección los muestra más atractivos frente a los Estados desarrollados y los inversionistas extranjeros en general. Al respecto, Guzman sostiene que esos estándares los hacen más competitivos entre ellos mismos, por lo que consiguen una posición más ventajosa en relación con los Estados de su mismo nivel, los hayan suscrito o no.<sup>5</sup> Ello sugiere que la competitividad de un Estado para atraer al inversionista extranjero está ligada a la expansión del alcance del sesgo de debilidad. Ante una mayor protección internacional habría mayores garantías para la defensa de los intereses del inversionista extranjero, y en consecuencia mejores condiciones para su atracción. Del lado de los Estados desarrollados, reafirman su posición frente al derecho internacional sobre la protección de la inversión extranjera, manteniendo la agenda de negociación alineada con la aparente debilidad del inversionista. De ese modo, su concepción del derecho internacional para proteger al inversionista extranjero sobrevive a la resistencia en sede multilateral de los Estados en desarrollo, lo que lleva a la celebración de un instrumento internacional que es consentido por sujetos soberanos e influenciado por un sesgo estructural normativo que coincide con la supuesta debilidad del inversionista.

Si se revisan algunos TBI entre Estados en desarrollo y desarrollados en el período inmediatamente siguiente al fracaso del Código de Conducta, se observa una inclinación en las posturas de los Estados desarrollados. Un ejemplo se encuentra en los TBI firmados por Estados como el Perú y Venezuela con países como el Reino Unido, Alemania y Francia. Los primeros con una postura restringida con respecto a los segundos durante la negociación del Código. Así,

---

multilateral, podrían obtenerse altos estándares de protección a través de las negociaciones bilaterales. Sornarajah, *The International Law of Foreign Investment*, 23.

<sup>5</sup> Guzman, "Why LDCs Sign Treaties that Hurt Them", 650 y 678.

la redacción de las cláusulas de mayor debate en el Código de Conducta, esto es, compensación por expropiación, trato justo y equitativo, trato nacional, solución de diferencias y la referencia al derecho internacional, muestran el afianzamiento de la protección internacional de la inversión extranjera, y con ello del sesgo de debilidad (véase tabla en el anexo).

Los TBI celebrados entre Estados en desarrollo y desarrollados sugieren que el discurso anticolonialista de los primeros es una postura colectiva multilateral, a la cual se renuncia individualmente. A esta postura se abdicó en las negociaciones bilaterales por la defensa de sus intereses particulares, dando lugar a la agenda promovida por los Estados desarrollados, alineada con el fortalecimiento del sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero. Así, el fracaso de las negociaciones multilaterales entre Estados desarrollados y en desarrollo debe analizarse más allá de los altos estándares de liberalización requeridos por los Estados desarrollados. La influencia del sesgo de debilidad está detrás de las posturas de los Estados en desarrollo. Estas sugieren el constante recurso a los márgenes amplios de regulación de la inversión,<sup>6</sup> o un rechazo al tratado multilateral, debido a lo invasivo que puede resultar en sí mismo.<sup>7</sup> No obstante, el sesgo de debilidad implícito en la estructura de los TBI se alinea con los intereses económicos que estos Estados persiguen con su celebración. La ausencia de un techo de negociación, debido a la carencia de un tratado multilateral, favorece el fortalecimiento del sesgo de debilidad implícito en los tratados bilaterales. No hay ataduras, luego ante mayores cesiones para ese sesgo de debilidad, se espera una mayor atracción de inversión extranjera.

A partir del fracaso del Código de Conducta, la identidad jurídica del inversionista, construida alrededor del sesgo de debilidad, se refleja en un universo de tratados. Superado su *impasse*, un sinnúmero de TBI se caracterizan por proteger al inversionista extranjero, conservándolo exento de obligaciones internacionales con su consecuente exigibilidad. El sesgo de debilidad desvanece la necesidad de constreñir el accionar de las CTN porque no se constituyen en una

<sup>6</sup> Muradu A. Srur indica que una de las razones que explican la falta de un régimen internacional multilateral comprensivo de la inversión extranjera que incluya a los Estados en desarrollo y desarrollados es que los Estados exportadores quieren altos estándares de liberalización, y los Estados en desarrollo apuestan por una excesiva regulación de la inversión extranjera. Sin embargo, dice que esa lectura es solo un aspecto del cuadro, dado que la discusión de un acuerdo multilateral entre Estados desarrollados bajo el auspicio de la OECD muestra que los Estados no se ponen de acuerdo en los estándares de liberalización porque quieren conservar algún tipo de control sobre la inversión extranjera. Muradu A. Srur, "The International Investment Regime: Towards Evolutionary Bilateral & Regional Investment Treaties?". *Manchester Journal International Economic Law* 1 (2004): 72.

<sup>7</sup> *Ibid.*, 63.

amenaza para los Estados. En últimas, el sesgo condiciona la voluntad regulatoria de los Estados, indicando la necesidad de proteger a un sujeto aparentemente débil pero beneficioso, mediante un andamiaje para la defensa de sus intereses en el ámbito internacional.

De hecho, los Estados reaccionan de forma contundente ante la vulneración de los derechos internacionales del inversionista. Esto no supone que los Estados enfaticen en el sesgo de debilidad a favor del inversionista. El sesgo se oculta en el papel benévolo y fundamental de las CTN en los Estados en desarrollo, sin que ello les cree barreras para su accionar. De esta forma, los Estados crean presiones internacionales sobre el poder regulatorio de los Estados con respecto a las corporaciones transnacionales, lo que genera pánico en los Estados en desarrollo. Con esa postura, el sesgo de debilidad se afianza, y en consecuencia los límites para imponerles obligaciones a las CTN. La situación expuesta se comprende a partir de la expropiación que hizo Argentina sobre la filial de Repsol YPF.

En abril de 2012, Argentina declaró la expropiación del 51% de YPF, una filial de la compañía española Repsol, argumentando motivos de utilidad pública y una situación de improductividad de la empresa, que obligó a ese país a importar crudo.<sup>8</sup> Las reacciones provinieron de organizaciones internacionales y Estados europeos y latinoamericanos alineados en un rechazo absoluto a la decisión tomada frente a un actor indispensable y determinante en los Estados en desarrollo. Las respuestas mostraron los riesgos de esa medida para el país que la asumió<sup>9</sup> y para sus vecinos.<sup>10</sup> En general, estos adujeron que una medida expropiatoria envía un mensaje de desconfianza a los inversionistas,<sup>11</sup> máxime por el

<sup>8</sup> “Presión internacional crece sobre Argentina por caso YPF-Repsol”. *El Espectador*, 18 de abril de 2012. <http://www.elespectador.com/economia/articulo-339530-presion-internacional-crece-sobre-argentina-caso-ypf-repsol>

<sup>9</sup> Por ejemplo, José Manuel García, ministro de Asuntos Exteriores de España, al leer una declaración del ejecutivo sostuvo que la decisión de Argentina “rompe el clima de cordialidad y amistad” que ha marcado las relaciones entre los dos países, y agregó que la medida expropiatoria “es también extraordinariamente lesiva para el pueblo argentino porque quiebra el clima de confianza necesario para atraer los ahorros e inversiones que Argentina necesita para crecer y salir de la situación en que se encuentra”. “Repsol acusa a Cristina de tapar su crisis con expropiación de YPF”. *El Tiempo*, 16 de abril de 2012. [http://www.eltiempo.com/mundo/latinoamerica/argentina-expropia-el-51-p\\_11580022-4](http://www.eltiempo.com/mundo/latinoamerica/argentina-expropia-el-51-p_11580022-4)

<sup>10</sup> José Ángel Gurría, secretario general de la Organización de Estados para la Cooperación y Desarrollo (OECD), indicó que “lamentablemente hay un impacto inevitable” en quienes no tengan la suficiente información y “digan que la región, América Latina, o los países emergentes pueden acudir a esas prácticas”. “Expropiación de YPF reaviva debate sobre proteccionismo de A. Latina”. *El Espectador*, 18 de abril de 2012. <http://m.elespectador.com/economia/articulo-339522-expropiacion-de-ypf-reaviva-debate-sobre-proteccionismo-latina>

<sup>11</sup> Ángel Gurría señaló que la decisión expropiatoria de Argentina “tiene un impacto negativo respecto a los inversionistas, en cuanto a la imagen del país”. *Ibid.*

pasado proteccionista de América Latina,<sup>12</sup> lo que desconoce que los Estados en desarrollo necesitan de inversión para su crecimiento.<sup>13</sup> Ante ello, países como Colombia indicaron que la expropiación no hace parte del ordenamiento interno.<sup>14</sup> Incluso, las reacciones desconocían que en el derecho internacional la expropiación no está prohibida bajo ciertas condiciones. De tal manera sugerían una protección absoluta a los derechos de propiedad del inversionista extranjero.<sup>15</sup>

El caso expuesto sugiere que el sesgo de debilidad no se evidencia al denotar la vulnerabilidad de las CTN frente al poder soberano. Los Estados enfatizan en la protección al inversionista por los intereses que les representan, además, la protección evita la dispersión de desconfianza sobre los Estados en desarrollo al cuestionarse su respeto al derecho internacional. Las reacciones de los Estados en desarrollo y desarrollados y de organizaciones internacionales muestran que la inversión extranjera mueve al mundo, y lo relevante es la garantía y universalización de estándares de tratamiento para su protección. Asimismo, los discursos de los distintos actores sugieren que el sesgo de debilidad, al apoyarse en la pretensión universalizante del derecho internacional, resguarda al inversionista de la falta de uniformidad que existe en los sistemas domésticos. El inversionista tiene asegurados unos derechos de alcance internacional que se superponen a la ambigüedad de tales sistemas.

<sup>12</sup> *Ibid.* Véase también: “UE tomará medidas contra Argentina tras expropiación de YPF”. *El Espectador*, 7 de mayo de 2012. <http://www.elespectador.com/economia/articulo-344171-ue-tomara-medidas-contra-argentina-tras-expropiacion-de-ypf>

<sup>13</sup> Según un medio de comunicación, el presidente de México sostuvo que “todos los países en desarrollo necesitan inversión”, “y nadie en sus cinco sentidos reinvierte en un país que expropia las inversiones, es una cuestión de comportamiento racional”. En palabras del medio: “Tras comentar —el presidente— que Argentina necesita inversiones incluso para producir más petróleo, y el peor incentivo para el inversionista es ver que un país está expropiando las inversiones ahí, recordó el refrán: ‘Cuando veas las barbas de tu vecino cortar, pon las tuyas a remojar’”. “Lamenta FCH la decisión argentina sobre Repsol YPF”. *Conexión Total.mx*, 16 de abril de 2012. <http://conexion-total.mx/2012/04/16/lamenta-fch-la-decision-argentina-sobre-repsol-ypf/>

<sup>14</sup> “Expropiación de YPF afectaría inversión en la región”. *Portafolio*, 23 de abril de 2012. <http://www.portafolio.co/internacional/expropiacion-ypf-afectaria-inversion-la-region>

<sup>15</sup> “La Comisión Europea respalda la posición española. Su portavoz, Olivier Bailly, señaló que espera que el Gobierno argentino garantice los tratados en lo que respecta a las inversiones internacionales dentro de su territorio”. Mucho más fuertes fueron las palabras de Íñigo Méndez de Vigo, secretario de Estado de España para la Unión Europea, quien en declaraciones a la emisora Onda Cero aseguró que Argentina “se va a convertir en un apestado internacional si rompe las reglas del juego”. “Posible nacionalización de YPF endurece amenazas de España”. *Portafolio*, 13 de abril de 2012. <http://www.portafolio.co/internacional/posible-nacionalizacion-ypf-endurece-amenazas-espana>

## EL SESGO DE DEBILIDAD EN ARTICULACIÓN CON LAS CAUSAS E IMPACTOS DE LOS TBI

El sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero como un límite a la responsabilidad internacional de las CTN se afianza con las motivaciones que preceden la celebración de TBI. Con la determinación de sus causas, los Estados no están pensando en dismantelar ese sesgo de debilidad que se expresa en la estructura de esos tratados, al establecer una protección mínima para el inversionista en el derecho internacional. Tampoco están pensando en establecer al tercero no parte en el tratado obligaciones internacionales con su consecuente exigibilidad, a fin de crearle un contrapeso a los beneficios obtenidos como reflejo del sesgo de debilidad. Este sesgo prescribe su conservación como una decisión beneficiosa para los Estados. En esa medida, la negociación de TBI bajo el condicionamiento regulatorio ejercido por el sesgo convierte a los Estados en sujetos más atractivos para los inversionistas extranjeros, y con más posibilidades de celebrar tratados.

Algunas de las causas que explican los TBI se encuentran en los factores de competitividad y de riesgos coyunturales o de crisis (estas causas serán abordadas en el siguiente acápite). El mapa general de cada uno refleja la intención no evidenciada de mantener el carácter dominante del sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero. En relación con los factores de competitividad, Guzman sugiere que la suscripción de TBI por los Estados en desarrollo está ligada a una estrategia de competitividad entre ellos. Así como un TBI le asegura al inversionista estabilidad y le ofrece una protección internacional, también coloca al Estado en desarrollo en una posición ventajosa en relación con los demás Estados de su misma categoría, suscribientes o no.<sup>16</sup> La firma de un TBI respalda las promesas de un Estado a los inversionistas potenciales. Luego habría más posibilidades de recibir inversión por las promesas hechas.<sup>17</sup> Las anteriores explicaciones a la luz del sesgo de debilidad permiten comprender que las razones de competitividad están atadas al afianzamiento del sesgo estructural de los tratados de inversión alineados con la aparente debilidad del inversionista extranjero. Ante un mayor afianzamiento y alcance de ese sesgo, mediante una mayor protección internacional para el inversionista, habrá mayores posibilidades para un Estado de competir por inversión extranjera.

<sup>16</sup> Guzman, "Why LDCs Sign Treaties that Hurt Them", 670 y 678.

<sup>17</sup> Andrew Guzman, "Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties", en *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties and Investment Flows*, editado por Lisa Sachs y Karl Sauvant (Nueva York: Oxford University Press, 2009), 96.

En otro artículo, Guzman, Elkins y Simmons, apoyados en un estudio económico, sostienen que la adopción de TBI por los Estados en desarrollo se explica por la competencia internacional entre los Estados receptores, en su mayoría en desarrollo. Según su evidencia, la difusión de los TBI es asociada con presiones económicas competitivas entre los Estados en desarrollo, con el fin de capturar una parte de la inversión extranjera, objetivo que requiere de parte de los receptores brindar una protección creíble de los derechos de propiedad del inversionista.<sup>18</sup> Ese tipo de provisiones encuentran en el sesgo de debilidad una explicación adicional. Para ese sesgo, la protección de la aparente debilidad del inversionista debe garantizarse bajo el derecho internacional. Este sistema condiciona la voluntad regulatoria de los Estados en beneficio de los inversionistas, dado que incorpora estructuralmente el sesgo de debilidad que acompaña a esos sujetos. De ese modo, derechos como la expropiación y la compensación tienen una carga normativa, que dispone la protección del inversionista frente a la capacidad regulatoria del Estado con unos parámetros que el derecho doméstico no proporciona. En contraste, el derecho internacional sí los proporciona, al prestarle al sesgo de debilidad una plataforma normativa estratégica para su incorporación.

Las anteriores explicaciones sugieren que el interés de los Estados en desarrollo por ser competitivos en la atracción de inversión extranjera los conduce a celebrar tratados con una estructura peculiar. Se trata de artefactos enfocados en proteger a un sujeto aparentemente débil, pero fuente de competitividad. Eso supone que el sesgo de debilidad lo blindo, incorporándose en los beneficios que tiene la atracción del inversionista en un Estado. Así, entre mayor confianza y protección jurídica se le brinde al tercero no parte en el tratado, hay mayores posibilidades para su atracción. De esta forma, el sesgo de debilidad constriñe la voluntad regulatoria de los Estados en beneficio del sujeto que abriga. Los Estados se ven presionados a conceder altos estándares de protección para el inversionista, con el fin de conseguir una posición más ventajosa. Ante ese interés, la inclusión de obligaciones en el tratado es incompatible, pues ello ubicaría al Estado receptor en desventaja en relación con los Estados con tratados sin obligaciones. Al no ser global, esa inclusión simbolizaría un ambiente de rechazo a la protección de la inversión extranjera. De ese modo, el sesgo de debilidad tiene a su favor los intereses de competitividad perseguidos por los Estados con la celebración de TBI.

<sup>18</sup> Zachari Elkins, Andrew Guzman y Beth Simmons, "Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties: 1960-2000". *International Organization* 60 (2006): 811-812.

Al lado de las anteriores explicaciones se encuentran aquellas de riesgos. Bütthe y Milner consideran que los TBI son acuerdos de liberalización económica para brindarle garantías al inversionista extranjero frente a las intervenciones de los Estados en el mercado que puedan afectar sus intereses.<sup>19</sup> Adicionalmente, los TBI le confieren al inversionista más garantías que el marco doméstico. Asimismo, son instrumentos que incrementan los costos de su violación.<sup>20</sup> En esa medida, Salacuse y Sullivan sugieren que los Estados en desarrollo celebran estos tratados para atraer inversión extranjera. De ese modo, la protección para el inversionista extranjero que se incorpora en los TBI disminuye los riesgos que de otra manera tendría que enfrentar.<sup>21</sup> Aquí la idea de proteger al inversionista de los riesgos internos mediante un tratado internacional coincide con el sesgo de debilidad que lo acompaña. La aparente debilidad del inversionista para enfrentar por sí solo los riesgos del Estado receptor es conjurada por este. El Estado huésped de la inversión, persuadido por el sesgo de debilidad, decide proteger al inversionista bajo el derecho internacional, con lo cual asume un alto precio. Este consiste en sacrificar su libertad regulatoria para proteger la presunta debilidad del inversionista extranjero.

Rose-Ackerman y Jennifer Tobin sugieren que los impactos de los tratados bilaterales deben considerar los riesgos políticos. Según sus posturas, los TBI por sí solos no solucionan los riesgos internos.<sup>22</sup> Un país con un ambiente saludable que celebre TBI envía un mensaje de confianza y estabilidad a los inversionistas. Sin embargo, países con altos riesgos políticos pueden no verse muy favorecidos con su celebración. De hecho, los TBI no estimulan la inversión extranjera directa adicional en estos países, tan solo afectan marginalmente los altos riesgos subyacentes a la inversión. La falta de credibilidad en el sistema doméstico crea desconfianza con respecto al cumplimiento de decisiones arbitrales derivadas de tratados internacionales.<sup>23</sup> Con todo, los tratados bilaterales no disfrazan los riesgos políticos, pero envían un mensaje estimulante al alinearse con el sesgo de debilidad. Así, le aseguran al inversionista extranjero que los altibajos internos no obstaculizan su protección interna-

<sup>19</sup> Tim Buthe y Helen Milner, "Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment: A Political Analysis", en *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties and Investment Flows*, 182 y 184-185.

<sup>20</sup> *Ibid.*, 182.

<sup>21</sup> Jeswald Salacuse y Nicholas Sullivan, "Do TBI really work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and their Grand Bargain", en *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment, Double Taxation Treaties and Investment Flows*, 120.

<sup>22</sup> Susan Rose-Ackerman, "The Global TBI Regime and the Domestic Environment for Investment", *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment, Double Taxation Treaties and Investment Flows*, 311-312.

<sup>23</sup> *Ibid.*, 312.

cional. Este instrumento, como un reflejo normativo de ese sesgo de debilidad, le indica al inversionista que él no está a la suerte de los poderes regulatorios del Estado receptor. Un TBI es el resultado de una decisión soberana, con la cual los Estados le dicen al inversionista que la volatilidad interna no es un obstáculo para aceptar la revisión de los poderes regulatorios en un arbitraje de inversión. El Estado huésped actúa en correspondencia con el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero, porque le reafirma a este que el derecho doméstico es insuficiente para proteger su aparente debilidad. Por ello, la arquitectura del arbitraje internacional de inversiones le brinda todas las facilidades para defender y garantizar sus intereses.

Las aproximaciones ofrecidas para la celebración de los TBI se explican con apoyo en el beneficio percibido o esperado por el Estado huésped de la inversión, y por el Estado al cual pertenece el inversionista extranjero. Esas explicaciones, indistintamente del argumento motivacional defendido, develan las razones que impulsan a los Estados a celebrar un instrumento peculiar. En efecto, el sesgo de debilidad a favor del inversionista es el ADN no revelado que está detrás de las explicaciones dadas para la celebración de TBI. Estos artefactos tienen una estructura que obedece a las prescripciones del sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero. Pese a ello, ese sesgo no es necesariamente evidenciado, pues se disfraza sin dejar de ser el núcleo de estos instrumentos.

La búsqueda de las razones que motivan los TBI se apoya en las asimetrías en derechos y obligaciones entre los Estados y los inversionistas extranjeros. En la exploración de esas razones no se observa un cuestionamiento a la carencia de obligaciones para el sujeto beneficiado. Precisamente, la inclusión de obligaciones para el sujeto beneficiado no parte en el tratado es incompatible al sesgo estructural que permea los tratados de inversión extranjera. Es decir, la inclusión de obligaciones se opone a la naturaleza y fin del instrumento. Las explicaciones por razones de competitividad, riesgos o factores políticos implícitamente abocan por el mantenimiento de ese sesgo de debilidad a favor del inversionista. En últimas, estos instrumentos son interesantes por la conservación de ese sesgo y su afianzamiento. Los Estados e inversionistas esperan beneficios por las cesiones hechas y los derechos reconocidos, respectivamente. Quizá la expectativa no sería la misma si impusieran obligaciones para los inversionistas extranjeros.

## LA CONSERVACIÓN DEL SESGO DE DEBILIDAD COMO UNA ALTERNATIVA PARA SUPERAR LAS CRISIS

El sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero como límite a la responsabilidad internacional de las CTN se afianza al considerar sus vínculos con los momentos de crisis económicas de los Estados. Aquí el sesgo de debilidad, manifestado en la protección al inversionista extranjero, funciona como una alternativa para superar períodos de crisis económicas, pese a sus incidencias en el poder regulatorio de los Estados.

Los intentos de los Estados en desarrollo por desplazar el modelo capitalista que privilegia la inversión extranjera a través de la implantación de modelos económicos nacionalistas suelen sucumbir ante las crisis económicas. El modelo de sustitución de importaciones con medidas proteccionistas, implantado en los Estados en desarrollo entre 1945 y 1970 —en especial en América Latina—,<sup>24</sup> le apuntó al crecimiento económico con la industria nacional. Asimismo, no fue suficiente la teoría del desarrollo de la dependencia para explicar el estancamiento de los Estados en desarrollo y buscar soluciones.<sup>25</sup> El modelo proteccionista se debilitó por la crisis de los países productores de petróleo (OPEP) en los años setenta y por la crisis económica de los ochenta, que golpeó a Latinoamérica con recesiones económicas, inflación y crecimiento de la deuda. Estos factores condujeron a mercados orientados por el libre comercio e inversión extranjera.<sup>26</sup> Igualmente, el modelo proteccionista apoyado por los Estados socialistas europeos se debilitó por la disolución de la Unión Soviética.<sup>27</sup> De este modo, las restricciones a un papel activo de las CTN lideradas por los Estados en desarrollo en la negociación del Código de Conducta se sustituyeron por la firma de tratados bilaterales.

El anterior escenario de crisis encontró en la apertura a la inversión extranjera una alternativa para su solución, y se complementó con el Consenso de

<sup>24</sup> Kenneth Vandeveld, “The Political Economy of a Bilateral Investment Treaty”. *The American Journal of International Law* 92 (1998): 22.

<sup>25</sup> La teoría de la dependencia surgió en 1960 y permaneció hasta finales de los setenta. Orientada por las ideas del marxismo, abogaba por un papel más influyente del Estado con el fin de fortalecer las economías nacionales. Bajo esta teoría, la acumulación de capital de los Estados desarrollados fue asociada con subdesarrollo de los Estados de la periferia, debido al saqueo de materias primas o recursos de los países periféricos. Srur, “The International Investment Regime”, 61.

<sup>26</sup> Carlos García, “All the Other Dirty Little Secrets: Investment Treaties, Latin America, and the Necessary Evil of Investor-state Arbitration”. *Florida Journal of International Law* 16 (2004): 317-318.

<sup>27</sup> Sornarajah, *International Law on Foreign Investment*, 177.

Washington en los noventa. Este, como solución a la crisis de los Estados latinoamericanos, dispuso políticas neoliberales imposibles de resistir, lo que contribuyó a orquestar un escenario ideal para la firma de TBI. La agenda del neoliberalismo concibe al libre mercado y a los actores no estatales como piedras angulares del crecimiento económico de un Estado. En respuesta a ello, las políticas de reforma como la privatización y la remoción a los controles de capital, auspiciadas por el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, propiciaron la atracción de la inversión extranjera.<sup>28</sup>

Las políticas neoliberales se difundieron con un discurso basado en la necesidad de una buena gobernanza en un mundo globalizado.<sup>29</sup> Para ello era necesaria la consolidación de Estados democráticos, transparentes, respetuosos de los derechos humanos, y con un fuerte Estado de derecho (*rule of law*).<sup>30</sup> Sin embargo, la construcción de este tipo de Estado no supone limitar o constreñir el accionar de actores como las CTN, sino facilitar un libre comercio e inversión sin trabas. De esa manera, el Estado garantiza la propiedad y el libre comercio con un marco legal propicio.<sup>31</sup> Por un lado, asegura la protección de las inversiones extranjeras, la repatriación de utilidades y la solución de controversias internacionales. Del otro, promueve la privatización, desregulación y flexibilización en áreas como la laboral, medioambiental y los derechos humanos.

Bajo este engranaje, la celebración de TBI como estrategia de superación de crisis afianza el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero. En un período de crisis, la inversión extranjera directa es un insumo para su superación. De tal forma, para conseguir resultados favorables es preciso planificar instrumentos con una protección internacional considerable para atraer al inversionista. De esta manera, los períodos de crisis fortalecen el sesgo de debilidad del inversionista —reflejado en la estructura normativa de los TBI—, pues su diseño está ligado con la protección, con especial interés, del antídoto potencial a ese período de dificultad. Los Estados condicionan su libertad regulatoria a una estructura normativa permeada por el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero, que solo regula derechos para el tercero no parte del tratado. Con ello, los Estados son los únicos sujetos obligados a cumplir con lo dispuesto en el tratado, so pena de ser responsables internacionalmente. Según los agentes externos, este tipo de regulación estatal para superar la crisis es un gran antídoto

<sup>28</sup> Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law* (Nueva York: Oxford University Press, 2007), 41; Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, 249.

<sup>29</sup> *Ibid.*, 246.

<sup>30</sup> *Ibid.*, 248.

<sup>31</sup> David Harvey, *A Brief History of Neoliberalism* (Nueva York: Oxford University Press, 2005), 2.

dentro de una “receta de medicamentos” proporcionada por ellos. Así, la solución a una devastadora crisis económica propicia los desequilibrios entre los actores del sistema neoliberal, enmarcados en una igualdad formal. Los inversionistas extranjeros son los más favorecidos, dado que la necesidad de superar la crisis interactúa con el sesgo estructural de los TBI, alineada con la aparente debilidad del inversionista.

El caso del Perú dimensiona cómo el sesgo de debilidad a favor del inversionista se fortalece durante los períodos de crisis. Fujimori, al llegar a la Presidencia en los años noventa, implementó aceleradamente medidas neoliberales conocidas como el *fujishock*. El fuerte aprieto económico que atravesaba el Perú, caracterizado por el estancamiento de un sistema económico de sustitución de importaciones,<sup>32</sup> la grave inestabilidad macroeconómica reflejada en el alto endeudamiento externo, la suspensión en el pago de la deuda, el consumo de reservas internacionales y la hiperinflación necesitaban afrontarse inmediatamente. Ante tal escenario, Fujimori priorizó la financiación externa; la re inserción en la comunidad financiera internacional era una política de Estado.

El plan de recuperación propuesto por agentes externos como el FMI requería la ejecución de un plan de ajuste. Dicho plan incorporó medidas internas y externas propicias para la inversión extranjera directa. De este modo, el Perú se comprometió a dismantelar una economía con exceso de planificación estatal, para saltar a una economía con una fuerte participación del sector privado. En este sentido, los ajustes internos consistieron en la estabilización de la economía,<sup>33</sup> la formulación de una nueva Constitución Política, producto de un “golpe de Estado”<sup>34</sup> que introdujo una economía de libre mercado y el deber de garantizar la propiedad privada, entre otros.<sup>35</sup> Del mismo modo, se creó Copri, una comisión para la promoción de la inversión privada y se ejecutó una política de privatización de los activos públicos con magnitudes nunca vistas.<sup>36</sup> Entre

<sup>32</sup> John Crabtree, “Neopopulismo y el fenómeno Fujimori”, en *El Perú de Fujimori: 1990-1998*, editado por John Crabtree y Jim Thomas (Perú: Universidad del Pacífico-Centro de Investigaciones, 1999), 58.

<sup>33</sup> Algunos de los ajustes fueron: la estabilización de la economía mediante el control a la inflación; la reducción del rol interventor del Estado en la economía; la apertura comercial y la reforma financiera —que incluía el recorte al gasto público—, y la reducción del papel asistencial del Estado. Véase: Drago Kisic, “Privatizaciones, inversiones y sostenibilidad de la economía peruana”, en *El Perú de Fujimori: 1990-1998*, 83.

<sup>34</sup> En una línea neoliberal, la Constitución de 1993 redujo el papel interventor del Estado en la economía y dejó la actividad económica bajo los principios de libertad y libre mercado. Murakami, *Perú en la era del chino: La política institucionalizada y el pueblo en busca de un salvador*, 300 y 356.

<sup>35</sup> Naciones Unidas, Conference on Trade and Development, Investment Policy Review Peru, UNCTAD-ITE-IIP-Misc 19 (Nueva York-Génova: Naciones Unidas, 2000), 19.

<sup>36</sup> Kisic, “Privatizaciones, inversiones y sostenibilidad de la economía peruana”, 88-90.

algunos de los instrumentos legales expedidos se encuentran el Decreto Legislativo 662, por el cual se aprobó “el régimen de estabilidad jurídica a la inversión extranjera”, y el Decreto Legislativo 757, por el cual se “aprueba la ley marco para el crecimiento de la inversión privada”.

Del lado del marco regulatorio internacional, el Perú emprendió en los años noventa una política internacional de inversión extranjera sustentada en la celebración de TBI con Estados desarrollados.<sup>37</sup> Este Estado transformó sus posturas rígidas sobre la inversión extranjera en la negociación del Código de Conducta, con el fin de orquestar un escenario para superar su crisis. Ante ese objetivo, el sesgo de debilidad a favor del inversionista, implícito en el derecho de inversión extranjera, se favorece; los Estados, guiados por la crisis, regulan derechos con exclusión de obligaciones internacionales para el inversionista. Como medio para la superación de un mal momento, el inversionista debe ser atraído más que constreñido. Así, las prescripciones del sesgo de debilidad coinciden con las estrategias para superar la crisis. Con los tratados de inversión extranjera, los Estados les manifiestan a los inversionistas que están protegidos bajo el derecho internacional, pese a la vulnerabilidad y riesgos de sus economías. El tratado es una forma de decirle al inversionista que su aparente debilidad está resguardada por la predictibilidad y garantías de rango internacional de tal instrumento, en caso de sufrir los impactos de la crisis.

El interés de los Estados por diseñarle al inversionista un marco de protección internacional dentro de la lógica neoliberal, que proclama la igualdad formal de sus actores, sugiere que el sesgo de debilidad opera a su favor. Ese sesgo —con un reflejo normativo— lo blindo de los riesgos regulatorios, para facilitarle el ejercicio de sus actividades con unas garantías internacionales, y se muestra como inherente al inversionista y universal —tal como ocurre con la vulnerabilidad humana—,<sup>38</sup> indistintamente de si es evidenciado. La igualdad formal que predica el neoliberalismo contribuye a validar prácticas y regulaciones que privilegian a algunos y afectan a otros.<sup>39</sup> El inversionista hace parte de los actores favorecidos por el rol paternalista que asume el Estado neoliberal. En principio, es un rol opuesto a los baluartes de la autosuficiencia, autonomía y competitividad, propios del sistema para relegar la mano interventora

<sup>37</sup> Durante la primera mitad de la década de los noventa, la relación de TBI celebrados por el Perú, e indicada por UNCTAD, da cuenta del número considerable de tratados celebrados. Consultar la página web [http://unctad.org/Sections/dite\\_pccb/docs/TBI\\_peru.pdf](http://unctad.org/Sections/dite_pccb/docs/TBI_peru.pdf)

<sup>38</sup> Martha Albertsun Fineman, “The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition”. *Yale Journal of Law and Feminism* 20 (2008-2009): 8.

<sup>39</sup> *Ibid.*, 3 y 16.

del Estado. El rol paternalista que asume el Estado neoliberal es poderoso para afianzar el sesgo de debilidad a favor del inversionista. El sesgo de debilidad no es ajeno a la dinámica regulatoria que asume ese Estado paternalista. El sesgo y la agenda del neoliberalismo se interrelacionan, favoreciendo el accionar del primero. Dentro del neoliberalismo, el inversionista es un sujeto económico clave para el crecimiento y la competitividad. Por ello los Estados le crean un ambiente regulatorio favorable a sus intereses, excluyendo la creación de obligaciones internacionales en su contra. Así, los Estados orquestan un marco jurídico doméstico e internacional atractivo para el inversionista. Con este último, le brindan predictibilidad y garantías ante los riesgos y crisis internas. El papel interventor del Estado en asuntos sociales se reduce, pero en la inversión extranjera se mantiene para impulsar su arribo. Por tal dinámica regulatoria, el neoliberalismo se percibe poderoso para restablecer las condiciones de la acumulación de capital y restaurar el poder de las élites económicas,<sup>40</sup> contribuyendo a conservar y fortalecer el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero.

#### CONCLUSIONES

En los años noventa, el sesgo de debilidad orquestó su venganza al expandirse en la estructura normativa que vino con la explosión de TBI. A la fecha, tal estructura se mantiene incólume al conservar al inversionista extranjero exento de obligaciones internacionales, con su consecuente responsabilidad internacional. El poder de ese sesgo sugiere:

- La regulación de derechos se hace con una fuerte remisión al derecho internacional. Este escenario es idóneo para el inversionista, dado que constriñe el poder regulatorio del Estado, al tiempo que le permite al inversionista extranjero revisar ante instancias internacionales, y a la luz del derecho internacional, las actuaciones domésticas de los Estados.
- El sesgo de debilidad es el núcleo esencial del derecho de la inversión extranjera. Los Estados centran su capacidad regulatoria en la regulación de derechos, con exclusión de obligaciones internacionales para el inversionista extranjero. Esta dinámica regulatoria es afianzada en los tratados bilaterales de inversión, supliendo la falta de un consenso multilateral alrededor de la protección internacional del inversionista. Al final, para atraer

<sup>40</sup> Harvey, *A Brief History of Neoliberalism*, 19; Richard Peet y Elaine Hartwick, *Theories of Development: Contentions, Arguments, Alternatives*, 2ª ed. (Nueva York-Londres: The Guilford Press, 2009), 100.

inversión extranjera es mucho más beneficioso para los Estados conservar el sesgo de debilidad que desmantelarlo.

- Las tensiones entre los Estados alrededor del sesgo de debilidad no extinguen el mismo. Los Estados afianzan la aparente debilidad del inversionista extranjero, indistintamente de su correspondencia con la realidad. Ese afianzamiento no ocurre con una referencia directa a tal sesgo, sino bajo distintas motivaciones o justificaciones, como el rol de este sujeto en el crecimiento económico. Asimismo, con el estatus diferenciado entre sujetos estatales y no estatales se disfraza el condicionamiento del sesgo de debilidad sobre las facultades regulatorias de los Estados.

## LA CONSERVACIÓN DEL SESGO DE DEBILIDAD EN LOS ESTÁNDARES DE TRATAMIENTO

### INTRODUCCIÓN

En los dos capítulos anteriores se estudió el intento de desestabilización del sesgo de debilidad en el Código de Conducta, y su posterior venganza mediante el reflejo de sus prescripciones en la explosión de acuerdos internacionales de inversión en los noventa, en especial de TBI. Uno de los propósitos de este capítulo es señalar la influencia del sesgo de debilidad en la negociación de dos estándares de tratamiento para las CTN, como integrantes de los *outstanding issues*<sup>1</sup> del Código de Conducta. Así, mediante los estándares de trato justo y equitativo, y expropiación, se afianza el período de venganza y victoria del sesgo de debilidad. Los estándares seleccionados son angulares en la negociación de un Tratado Bilateral de Inversión o de un capítulo de inversión en un tratado de libre comercio, porque su inclusión y diseño inciden en la protección brindada por el derecho internacional al inversionista extranjero. De esta manera, las posturas de los Estados frente a los estándares permiten explorar el uso dado al derecho a la luz del sesgo de debilidad. Ello se traduce en mayores o menores garantías para el inversionista.

El análisis se complementa con revisión de jurisprudencia arbitral. Este contraste entre el Código y la práctica arbitral rastrea la evolución del sesgo de debilidad con posterioridad al fracaso de tal instrumento. Además, detalla la incidencia, en casos concretos, de ese sesgo de debilidad en la voluntad regulatoria de los Estados y en la de sus aplicadores. En este último escenario, el sesgo tiende a ampliar el espectro de protección por la identificación de los intérpretes con el mismo. Para efectos de lo anterior, el texto se refiere a la negociación en general de los estándares de tratamiento para las CTN en el Código. Seguidamente, aborda los estándares de trato justo y equitativo, y el de expropiación.

<sup>1</sup> Véase: Naciones Unidas, Completion of the Code of Conduct on Transnational Corporations, Solutions to Principal Outstanding Issues in the Draft Code of Conduct on Transnational Corporations, Report of the Secretary General, E/C.10/1986/S/2, 11 de diciembre de 1985; Naciones Unidas, Report on the Reconvened Special Session, 20 al 31 de enero de 1986, Second Regular Session of 1986, E/1986/50, 14 de febrero de 1986; Naciones Unidas, Work on the Formulation of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations, Outstanding Issues in the Draft Code of Conduct on Transnational Corporations, E/C.10/1985/S/2, 23 de mayo de 1985.

LA IRRENUNCIABILIDAD DE LOS ESTADOS AL SESGO DE DEBILIDAD  
EN LOS ESTÁNDARES DE TRATAMIENTO

Los debates sobre la noción y el alcance del derecho internacional y las obligaciones internacionales permearon la negociación de los principales estándares de tratamiento para las CTN, bajo los *outstanding issues*. Las tensiones de esas expresiones ampliaban o restringían el sesgo de debilidad de las corporaciones transnacionales, e influían en el marco de su protección internacional. En el mencionado grupo se incluyeron estándares como la solución de diferencias, el trato justo y equitativo, y la expropiación y compensación. Estos, como parte del estándar mínimo internacional, junto con el estándar de trato nacional, capturaron la atención de los Estados, y desplazaron el énfasis inicial del Código en las obligaciones para las CTN. Estas corporaciones mantuvieron un rol protagónico en la medida de sus vínculos con los estándares de tratamiento más controvertidos,<sup>2</sup> como en el caso del respeto de las compañías multinacionales al poder regulatorio de los Estados, que encontró conexión con la cláusula sobre solución de diferencias,<sup>3</sup> el respeto a la soberanía nacional de los países en donde operan por su relación con la expropiación,<sup>4</sup> y su no interferencia en los asuntos internos de los Estados donde operan.<sup>5</sup> Asimismo, la obligación de esos sujetos corporativos de no colaborar con los regímenes

<sup>2</sup> Véase: Naciones Unidas, E/C.10/1986/S/2, 11 de diciembre de 1985, anexo I y II; Naciones Unidas, E/C.10/1985/S/2, 22 de mayo de 1985.

<sup>3</sup> La sujeción de las corporaciones transnacionales al poder regulatorio de los Estados fue reglada inicialmente en el párrafo 7, y finalmente quedaría en el 8. Esta provisión tuvo en cierto momento una gran incidencia en la redacción de la cláusula relativa a la solución de diferencias entre CTN y Estados, dado que se pensó reforzar la competencia de las cortes nacionales del Estado receptor para conocer todas las controversias, teniendo en cuenta el ámbito o alcance de revisión que su poder jurisdiccional alcanzaba de acuerdo con el párrafo 7. Naciones Unidas, E/C.10/1986/S/2, anexo I, 10; Naciones Unidas, E/1990/94, 6.

<sup>4</sup> La cláusula relativa a la obligación de las CTN de respetar la soberanía nacional de los países en los cuales ellas operan, y el derecho de cada Estado de ejercer su soberanía permanente (párrafo 6), irradiaba el estándar de tratamiento en materia de compensación por expropiación. Sin embargo, no existió una relación de remisión entre ambos, como ocurrió con el párrafo 7 y la cláusula de solución de controversias. Los lazos entre ambas disposiciones se infieren de la carga argumentativa y las diversas posiciones que la soberanía sobre los recursos naturales conservaron al incorporar las facultades expropiatorias de los Estados.

<sup>5</sup> La no interferencia en los asuntos internos por parte de las CTN se justificó por el poder económico y la facilidad para interferir en los asuntos internos de los Estados receptores. El diseño se encontraba en el alcance que tendría la referencia a la no interferencia. Los Estados en desarrollo, con el fin de controlar toda invasión a su soberanía, querían una prohibición a la interferencia en los asuntos internos sin cualificaciones, mientras que los Estados desarrollados buscaron una cláusula que limitara el alcance de la expresión, refiriéndose a asuntos internos de orden político y a interferencias ilegales y relacionadas con actividades ilícitas. Naciones Unidas, Report on the Hague Symposium on the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations, E/C.10/1990/5, 15 al 16 de septiembre, anexo; Naciones Unidas, E/C.10/1985/S/2, párr. 71; *The CTC Reporter* n.º 18, 1984, 12.

minoritarios raciales en Sudáfrica causó tensiones debido al persistente rechazo de los Estados desarrollados a la respectiva cláusula.<sup>6</sup>

La discusión sobre los estándares de tratamiento retornó a la mesa diferencias ligadas al período colonial e imperial. Más que nada, trajo las tensiones alrededor del afianzamiento o atenuación del sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero. Esas tensiones se ligaron al alcance y contenido de los derechos a favor de las corporaciones transnacionales en interacción con el espectro de protección brindado por el derecho internacional. Los Estados en desarrollo rechazaron una referencia expresa al derecho internacional para regular el trato dado a las CTN. Con ello negaron la existencia de un estándar mínimo internacional consuetudinario para las corporaciones y su pertenencia a la doctrina clásica de responsabilidad de los Estados por daños a los extranjeros. Según la posición de los Estados en desarrollo, era una institución dirigida a los intereses de los inversionistas extranjeros que se difundió desde el período colonial sin su participación.<sup>7</sup>

La anterior postura de los Estados en desarrollo permeó los principales estándares de tratamiento para las CTN, restringiendo el alcance del sesgo de debilidad en el derecho internacional. En la práctica significaba reducirle a estos sujetos el alcance de sus derechos internacionales para el ejercicio de su defensa, máxime en un momento de resistencia de los Estados en desarrollo a la aceptación de estándares consuetudinarios para la protección de las corporaciones transnacionales. Así, estos Estados formularon provisiones como la de trato justo y equitativo, vinculadas a las obligaciones internacionales o intergubernamentales. La cláusula relativa a la expropiación fue inicialmente enmarcada en el derecho doméstico, sin remisión expresa al derecho internacional, menos a la Cláusula Hull, defendida por los Estados desarrollados por su estatus consuetudinario. Igualmente, el apoyo a la carencia de un estándar mínimo de trato consuetudinario para las CTN se afianzó con la Doctrina Calvo. Esta doctrina irradió la cláusula de trato nacional y la de solución de diferencias.

Según la Doctrina Calvo, el derecho internacional general exige un trato en las mismas condiciones para nacionales y extranjeros, de lo contrario habría tratos discriminatorios.<sup>8</sup> Esa postura era un ataque al sesgo de debilidad a favor

<sup>6</sup> Naciones Unidas, E/C.10/1985/S/2, 23 de mayo de 1985, 26-27.

<sup>7</sup> Naciones Unidas, E/C.10/1985/S/2, 23 de mayo de 1985, 20.

<sup>8</sup> Naciones Unidas, Report of the Commission on Transnational Corporations, Report on the Second Session, 1 al 12 de marzo de 1976, anexo IV, trabajo presentado por las delegaciones de la Argentina, Barbados, Brasil, Colombia, Ecuador, Jamaica, México, el Perú, Trinidad y Tobago y Venezuela, 803.

de las corporaciones transnacionales defendido por los Estados desarrollados. Según estos Estados, las corporaciones transnacionales debían tener un trato no menos favorable que el dado a las compañías nacionales. Esa expresión no se oponía a la inclusión de un trato mejor que el dado en igualdad de condiciones. Precisamente, para estos Estados la protección del inversionista estaba reforzada por el derecho internacional. En respuesta, los Estados en desarrollo argumentaron que el trato igualitario entre las empresas nacionales y extranjeras en similares condiciones no podía conferirse indiscriminadamente, ya que pondría en desventaja a las empresas nacionales del Estado receptor. Por ello, y por la búsqueda de un desarrollo autosuficiente, los Estados en desarrollo sugerían sujetar el trato nacional a una cláusula del desarrollo.<sup>9</sup> Para el borrador final, la cláusula de trato nacional incluyó la referencia a un trato para las CTN no menos favorable que el acordado para las corporaciones domésticas,<sup>10</sup> orientándose a la postura de los Estados desarrollados.

Adicionalmente, la Doctrina Calvo respaldó a los Estados en desarrollo al sostener que toda resolución de conflictos con un extranjero era de competencia de las cortes domésticas.<sup>11</sup> Esa posición fue influyente para desestabilizar el sesgo de debilidad porque ponía en riesgo la defensa en sede internacional del inversionista extranjero. Para el sesgo de debilidad, el derecho internacional es el mejor escenario de protección para el inversionista, porque refleja normativamente sus prescripciones mediante el diseño de disposiciones orientadas a proteger la aparente debilidad del inversionista frente al poder regulatorio del Estado. Con todo, la postura de los Estados en desarrollo empezó a ceder en 1982, cuando se incluyó en el Código el arreglo de disputas en instancias internacionales por acuerdo entre las partes. Con el aditivo de que el agotamiento de recursos internos como requisito para acceder a instancias internacionales empezó a flexibilizarse. En las negociaciones, no obstante, esas concesiones casi plegadas a los requerimientos de los Estados desarrollados nunca fueron suficientes para estos, pese a todos los llamados.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> Naciones Unidas, E/C.10/1984/S/2, 30 de diciembre de 1983, párr. 23.

<sup>10</sup> Naciones Unidas, E/1990/94, 7 de junio de 1990, 15.

<sup>11</sup> Asante, "International Law and Foreign Investment", 591.

<sup>12</sup> En una declaración adoptada en octubre de 1985, el G77 expresó su preocupación por la prolongada negociación sin resultados del Código de Conducta. Así, urgió en los Estados desarrollados una muestra de compromiso y voluntad política durante la reconvvenida sesión especial de 1986, al considerar la flexibilidad y voluntad política demostrada por el G77 para la consolidación de una negociación exitosa. Naciones Unidas, E/C.10/1986/S/2, 11 de diciembre de 1985, párr. 4, 4. Para 1990, pese a todas las rondas de negociación y a la revisión de los principales temas de discusión con la iniciativa de los Estados desarrollados, no hubo un pleno consenso. Naciones Unidas, Work related to the Code of Conduct on Transnational Corporations and other International

La postura de los Estados en desarrollo sugiere que su interés por restringir el alcance del derecho internacional para el inversionista extranjero no anuló una protección de ese rango. Esto supone que el sesgo de debilidad identificado con la protección internacional del inversionista extranjero es persistente e irrenunciable, pues está inserto en el núcleo de los derechos negociados para ese sujeto, y centra la atención de los Estados en la determinación de su radio de acción internacional. Es así como en la negociación del Código de Conducta los Estados en desarrollo cedieron, pese a la formulación inicial de la Doctrina Calvo y a la negación de un estándar mínimo de trato. Ello ocurrió con los alcances dados a la cláusula general de referencia al derecho internacional u obligaciones internacionales, y con las cesiones sobre los estándares de tratamiento angulares a los inversionistas extranjeros. Estas cesiones se observan en la formulación de provisiones como la de trato nacional, en la que implícitamente se retornó al sesgo de debilidad, pues le reconoció al inversionista extranjero una protección por fuera del derecho doméstico. Igualmente, la cláusula de trato justo y equitativo, ligada a las obligaciones internacionales o intergubernamentales, fue interpretada con inclinación hacia los postulados de los Estados desarrollados. En materia de solución de controversias, se facultó al inversionista para acudir al arbitraje internacional, y la regulación de la expropiación evolucionó hacia una regulación con remisión al derecho internacional.

A la fecha, la configuración del arbitraje de inversión mantiene el estatus privilegiado del inversionista a partir de la presunción de debilidad que hace del mismo. Ello puede observarse en la forma en que los tratados de inversión incluyen nociones amplias de inversión e inversionista extranjero, que pueden interpretarse a favor del reclamante. En la definición de la jurisdicción *ratione materiae*, los tribunales suelen recurrir a su amplia discrecionalidad para establecer tal jurisdicción, salvo en eventos en los que una controversia comercial pretende ser asumida como de inversión.<sup>13</sup> Para su determinación, el significado del término “inversión” es relevante.<sup>14</sup> Para tal fin, los árbitros usan criterios objetivos (aplicación de un *test*) o subjetivos (basados en la voluntad de las partes contratantes) para definir qué es inversión, con lo que se llenan vacíos o se complementa lo dispuesto por la voluntad de las partes, más que restringir tal

---

Arrangements: Progress Made in the Work on the Code of Conduct on Transnational Corporations, Report of the Secretary General, E/C.10/1991/8, 19 de febrero de 1991, párr. 4 y 5.

<sup>13</sup> Caso *SGS v. Paraguay*, Decision on Jurisdiction, 12 de febrero de 2010, párr. 93, citado por Laurens Timmer, “The Meaning of ‘Investment’ as a Requirement for Jurisdiction Ratione Materiae of the ICSID Centre”. *Journal of International Arbitration* 29, n.º 4 (2012): 365.

<sup>14</sup> *Ibid.*, 363.

concepto.<sup>15</sup> Ello sugiere que los árbitros, influenciados por el sesgo estructural del derecho de inversión, se inclinan por admitir el estudio de las reclamaciones expuestas por el inversionista, más que a rechazarlas de plano. Es decir, el sesgo de debilidad se inclina por poner en tela de juicio las acciones del Estado que podrían afectar al inversionista, más que por evitarle al Estado huésped de la inversión un escrutinio de las regulaciones adoptadas.

Asimismo, para la identificación de la nacionalidad del inversionista, el sesgo del derecho de inversión se inclina por proteger la aparente debilidad del inversionista. De este modo, los caminos para que el inversionista reclame en sede internacional sus derechos se despejan de obstáculos. Así, el principio de derecho internacional según el cual un nacional no puede demandar internacionalmente al Estado del cual es nacional, salvo autorización expresa, suele matizarse. El *forum shopping* de la nacionalidad permite que nacionales, mediante compañías *shell* creadas en el otro Estado parte del tratado sobre el cual basan su reclamación, demanden al Estado del que son nacionales,<sup>16</sup> o que la prohibición de la doble nacionalidad, incluida la del Estado receptor, sea resuelta a favor del inversionista, asumiendo la renuncia a esta última.<sup>17</sup> Del mismo modo, hay tratados en los que las compañías incorporadas en el Estado receptor y controladas externamente son asumidas como compañías extranjeras.<sup>18</sup>

Finalmente, en la ejecución del laudo arbitral, el sesgo de debilidad opera en beneficio del inversionista. Su aparente debilidad se incorpora en una regulación ventajosa, con lo que consigue facultades excepcionales. El inversionista no está condicionado a reclamar el pago del laudo en el Estado receptor, como ocurre con las demandas por violaciones a los derechos humanos.<sup>19</sup> Él puede recurrir a las cortes domésticas de los Estados partes del tratado de inversión. Asimismo, cuando el tratado internacional de inversión provee la exigibilidad del laudo mediante el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

<sup>15</sup> Por ejemplo, en el caso *Malicorp v. Egypt*, el tribunal debía determinar si un contrato firmado para la construcción de un aeropuerto constituía una inversión. El tribunal enfatizó en el criterio de “contribución” de la inversión considerando lo dispuesto en el artículo 25 del Convenio para el Arreglo de Diferencias Internacionales sobre Inversión (Ciadi), dado que se llevaría ante el Centro de Arreglo de Diferencias bajo la Convención del Ciadi. En su decisión, el tribunal concluyó que “aunque parecía que el demandante no había prestado muchos servicios en conexión con el contrato, la condición de una contribución fue satisfecha, pues el contrato implicaba una obligación de hacer mayores contribuciones en el futuro”. *Ibid.*, 369-370 (traducción libre).

<sup>16</sup> Antoine Romanetti, “Defining Investors: Who is Eligible to Claim?”. *Journal of International Arbitration* 29, n.º 3 (2012): 236, 246, *Kluwer Law International*.

<sup>17</sup> *Ibid.*, 241.

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> Van Harten y Loughlin, “Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law”, 134.

entre Estados y Nacionales de otros Estados (Ciadi) o la Convención de Nueva York, el inversionista puede buscar su exigibilidad en una corte doméstica de cualquier Estado parte de tales tratados.<sup>20</sup> Incluso, los privilegios para el inversionista extranjero se extienden con posterioridad a la terminación del tratado de inversiones. Distintos tratados incluyen una protección entre diez y veinte años con posterioridad a la expiración del tratado para las inversiones hechas previas a la fecha de terminación del mismo.<sup>21</sup> Adicionalmente, la protección del inversionista bajo la presunción de debilidad que el derecho de inversión hace en su favor llega a tal nivel que el derecho al arbitraje de inversión extranjera es catalogado como un derecho consuetudinario, más allá del consentimiento en forma de tratados.<sup>22</sup> Con tal situación, su origen no solo se condicionaría a la existencia de un tratado de inversión que así lo disponga.

#### EL ESTÁNDAR DE TRATO JUSTO Y EQUITATIVO

El estándar de trato justo y equitativo se asumió como parte del estándar mínimo internacional en la negociación del Código de Conducta.<sup>23</sup> Ese reconocimiento no supuso que los Estados en desarrollo aceptaran su estatus consuetudinario. Para ese momento, ellos lo repelían porque aumentaría la protección internacional del inversionista extranjero, afianzándose el sesgo de debilidad para este sujeto. De hecho, el estándar en sí mismo se reconoció por su independencia del derecho nacional, por lo que requirió el respeto del inversionista con el marco interno e internacional.<sup>24</sup> El estatus consuetudinario sugería que la supuesta vulnerabilidad del inversionista extranjero encontraría en la costumbre internacional un mayor techo de protección para sus intereses. Según los Estados desarrollados, el escepticismo de los Estados en desarrollo frente a la protección internacional del inversionista extranjero se desafiaba con el carácter imperioso de una norma consuetudinaria.

El interés de esos Estados de asegurar un estándar mínimo de trato para el inversionista se ha consagrado en tratados como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), o en las posturas de organizaciones como la OECD.<sup>25</sup> En la práctica, la inclusión de ese estándar de tipo consuetudinario

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> Andrea Carska-Sheppard, "Issues Relevant to the Termination of Bilateral Investment Treaties". *Journal of International Arbitration* 26, n.º 6 (2009): 762.

<sup>22</sup> Mathias Audit, "Investment Arbitration without BIT: Toward a Foreign Investment Customary Based Arbitration?". *Journal of International Arbitration* 29, n.º 5 (2012): 581-604.

<sup>23</sup> Naciones Unidas, E/C.10/1985/S/2, 23 de mayo de 1985, párr. 34.

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> Christoph Schreuer, "Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice". *The Journal of World Investment & Trade* 6, n.º 3 (2005): 361.

implica estándares más altos, al revisar las facultades regulatorias del Estado ante un presunto comportamiento violatorio del derecho internacional, lo que favorece al Estado implicado. Esto no significa que el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero sea desmantelado, logra mantenerse, y en ocasiones hay una inclinación de los tribunales a identificarse con ese sesgo, lo que amplía la vulnerabilidad del inversionista extranjero, pese al carácter rígido del estándar. Ahora bien, cuando se reconoce la autonomía de tal estándar, el espectro de debilidad para el inversionista se robustece, al entrar más elementos en su defensa. Este es el mejor escenario para el sesgo de debilidad.

### **La negociación del estándar en el Código de Conducta**

Las dudas sobre la relación entre el estándar de trato justo y equitativo, y el mínimo internacional consuetudinario, no impidieron un acuerdo básico en el Código. Para los Estados esa provisión protegía al inversionista más allá del derecho nacional. Ello implicaba que se violaría el estándar si un Estado, pese a conferir a la CTN un trato en las condiciones dadas a las corporaciones nacionales, no lo conseguía en el derecho internacional. De este modo, los Estados admitieron para las corporaciones transnacionales una protección reforzada en el derecho internacional, actuando así en correspondencia con las prescripciones del sesgo de debilidad a favor de estos sujetos. Bajo los postulados de ese sesgo, el derecho doméstico es insuficiente para satisfacer los márgenes de la aparente debilidad del inversionista frente al poder regulatorio del Estado huésped. De acuerdo con ello, las suspicacias en la redacción de la cláusula se ligaron al reconocimiento del estatus consuetudinario del estándar de trato justo y equitativo.

El primer borrador del Código (1982) reflejó la incidencia que la noción del derecho internacional tendría a la luz del sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero, así como el rechazo a una inclusión expresa de un trato discriminatorio. Según los Estados desarrollados, la no referencia al derecho internacional y a un trato no discriminatorio ponía en desventaja a las CTN ante una violación de sus derechos por parte del Estado huésped, dado que el sesgo de debilidad a favor del inversionista se respaldaba con normas consuetudinarias impulsadas durante el imperialismo. En este sentido, para los Estados desarrollados estas normas favorecerían mucho más al sesgo de debilidad a favor del inversionista que la visión restringida de los Estados en desarrollo. Como respuesta a esa postura, los Estados en desarrollo formularon un ataque al sesgo de debilidad. Así, Venezuela, en representación del G77, propuso un trato justo y equitativo para las CTN desprovisto de una referencia al derecho internacional

y de un trato no discriminatorio.<sup>26</sup> Adicionalmente, los Estados en desarrollo objetaron la referencia a un trato no discriminatorio y al derecho internacional general, prefiriendo una alusión a las obligaciones intergubernamentales o a las obligaciones internacionales libremente suscritas.<sup>27</sup> La propuesta de la Comisión dejó entre corchetes las frases no conciliadas, entre ellas el carácter no discriminatorio del trato y el tipo de referencia al derecho internacional:

Las corporaciones transnacionales deberán recibir [justo y] equitativo [y no discriminatorio] tratamiento [bajo] [/en concordancia con] las leyes, regulación y prácticas administrativas de los países en los cuales ellas operen [además de las obligaciones que los gobiernos de estos países libremente han suscrito] [consistentes con sus obligaciones internacionales] [/consistentes con el derecho internacional].<sup>28</sup>

En marzo y mayo de 1983, en la sesión especial de la Comisión de CTN, surgió una nueva fórmula. Según la sesión de enero de 1984, esta fue aceptada, y se conservó en la última versión del Código.<sup>29</sup> La fórmula no se refirió al derecho internacional bajo la comprensión de los Estados en desarrollo y desarrollados, tampoco hizo alusión al trato discriminatorio pese a la insistencia de algunas delegaciones de los Estados desarrollados:<sup>30</sup> “Las corporaciones transnacionales deberán recibir trato justo y equitativo en los países en los cuales ellas operan”.<sup>31</sup> Sin embargo, esas carencias no significaron el desmantelamiento de la protección internacional para el inversionista extranjero, o la desaparición del sesgo de debilidad a su favor. La referencia al derecho internacional no se hizo en razón del acuerdo provisional sobre una referencia general al derecho internacional en el Código, alcanzado en la sesión especial de marzo y mayo de 1983. Luego, las diferencias estarían en la redacción de esta, aspecto que fue discutido en el capítulo dedicado a la negociación del Código de Conducta.

Para la versión final del borrador del Código, la cláusula en comentario debería leerse en concordancia con la de obligaciones internacionales: “Las corporaciones transnacionales deberán recibir trato justo y equitativo en los países en

<sup>26</sup> “Las corporaciones transnacionales deberán recibir trato justo y equitativo bajo las leyes, regulaciones y prácticas administrativas de los países en los que operan” (traducción libre).

<sup>27</sup> Naciones Unidas, E/C.10/1983/S/2, párr. 45.

<sup>28</sup> Naciones Unidas, Report of the Commission on Transnational Corporations on its Special Session, E/C.10/1983/S/5, 2 de junio de 1983, 23 (traducción libre).

<sup>29</sup> Naciones Unidas, Letter dated 31 May 1990 from the Chairman of the Reconvened Special Session of the Commission on Transnational Corporations to the President of the Economic and Social Council, E/1990/94, 12 de junio de 1990, 15.

<sup>30</sup> Naciones Unidas, E/C.10/1986/S/2, 11.

<sup>31</sup> Naciones Unidas, E/C.10/1983/S/5, 32.

los cuales ellas operan”.<sup>32</sup> Esa redacción no era de total agrado para los Estados desarrollados. Para ellos, el estándar en cuestión estaría garantizado bajo sus parámetros si se incorporaba el estándar mínimo internacional, mediante la inclusión de la cláusula sobre el derecho internacional general. De esta manera, el sesgo de debilidad a favor del inversionista mantendría un radio de acción considerable, puesto que el derecho consuetudinario era un paraguas para la protección internacional del inversionista frente a la resistencia de los Estados en desarrollo.

### **El estándar de trato justo y equitativo a la luz de la jurisprudencia**

El análisis jurisprudencial del contenido y alcance del estándar de trato justo y equitativo se liga a su categorización como autónomo o perteneciente al estándar mínimo internacional consuetudinario. Esa escogencia asume grandes implicaciones en el margen de responsabilidad usado por los árbitros al momento de revisar el ejercicio regulatorio del Estado demandado. Asimismo, esa selección atenúa o fortalece el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero, reflejándose en el alcance que el derecho internacional le brindaría para la defensa de sus intereses.

#### *El análisis del estándar bajo un estatus consuetudinario*

Bajo el carácter consuetudinario del estándar, el dilema jurídico de los árbitros se concentra en si se orientan por una postura rígida o progresista del mismo. Con la primera se reduce el sesgo de debilidad a favor del inversionista, lo que hace más compleja la prueba de la violación del estándar, aspecto que favorece la defensa internacional del Estado. Con la segunda, el análisis del estándar se flexibiliza en beneficio de ese sesgo de debilidad, dado que hay una tendencia a robustecer la aparente vulnerabilidad del inversionista extranjero, lo que amplía el espectro de acción del sesgo de debilidad. Este estudio se aborda con énfasis en la jurisprudencia arbitral derivada del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), que reconoce el estándar de trato justo (artículo 1105) como perteneciente al estándar mínimo internacional. Como casos referentes se encuentran: *Glamis Gold v. The United States of America*, *Mondev v. The United States of America*, *ADF v. The United States of America* y *Metalclad v. México*.

En el caso de *Glamis Gold*, el tribunal de arbitraje debía determinar si algunas medidas de protección ambiental y cultural tomadas por el gobierno de California en relación con la actividad minera desplegada por *Glamis* se ajustaban al TLCAN. El estado de California suspendió las actividades de la empresa basado

<sup>32</sup> Naciones Unidas, E/1990/94, 12 de junio de 1990, 15.

en el impacto cultural del proyecto en la comunidad indígena Quechan. La empresa canadiense demandó bajo el TLCAN la violación del estándar de trato justo y equitativo, así como una expropiación. El tribunal inició el estudio del trato justo y equitativo con el fin de determinar si el artículo 1105 era parte del estándar mínimo o era autónomo.<sup>33</sup> Según el tribunal, en ocasiones dicho estándar es consuetudinario, como ocurre con el tratado en mención, y en otras es un estándar autónomo. En esta última situación, el estudio es guiado por el lenguaje del tratado, y sus matices de acuerdo con la Convención de Viena sobre tratados.<sup>34</sup>

En el caso concreto, el tribunal optó por un análisis rígido del estándar en cuestión, debilitando la esfera de acción del sesgo de debilidad a favor del inversionista en beneficio del Estado. Reconoció al artículo 1105 como parte del estándar mínimo internacional, y agregó que su alcance debía determinarse mediante jurisprudencia elaborada con ese parámetro. En este sentido, para el tribunal era claro que las partes convinieron en ajustarse a lo dispuesto por el fallo *Neer* en 1926, asumido como el punto de partida para la comprensión del estándar:

Parece para este Tribunal que los Estados partes del TLCAN acordaron que, como un mínimo, el estándar de trato justo y equitativo es el articulado en el caso *Neer*: el tratamiento de un extranjero, para que constituya un delito internacional, deberá equivaler a un ultraje, a la mala fe, una negligencia intencionada del deber, o a una acción gubernamental deficiente lejos de los estándares internacionales de tal manera que todo hombre racional e imparcial podría reconocer con facilidad su insuficiencia.<sup>35</sup>

Con respecto a la evolución de ese estándar, el tribunal se refirió a dos niveles de evolución. El segundo le significó al sesgo de debilidad del inversionista extranjero una considerable atenuación, y una suerte infortunada en caso de ser aplicado en casos posteriores. Sobre el primer nivel, el tribunal señaló la evolución del estándar de trato justo y equitativo con apoyo en el caso *Mondev*. Indicó que la comprensión internacional de lo que es *outrageous* y *shocking*, esto es, escandaloso, atroz o indignante ha variado. De este modo, el desarrollo que ha tenido la protección internacional para la inversión extranjera no permite equiparar un

<sup>33</sup> “Artículo 1105. Nivel mínimo de trato TLCAN

1. Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.

<sup>34</sup> *Glamis Gold v. The United States of America*, Award, 8 de junio de 2009, párr. 606.

<sup>35</sup> *Ibid.*, párr. 612 (traducción libre).

trato injusto o inequitativo con lo que era para 1926. El tribunal agregó que un Estado puede tratar injustamente a un inversionista extranjero sin la mediación de la mala fe.<sup>36</sup> Sobre el segundo nivel, el tribunal se refirió al estándar mínimo de trato concebido a partir del caso *Neer*. Según el tribunal, en este caso las referencias jurisprudenciales emplean adjetivos que evidencian un estándar estricto con un mismo nivel de escrutinio, con lo cual se le dificultaba al inversionista la prueba de la violación del derecho internacional en su contra.<sup>37</sup> Con fundamento en lo anterior, el tribunal definió el contenido del estándar para Glamis:

Los fundamentos del estándar *Neer* son aplicables hoy en día: para violar el estándar mínimo de derecho internacional consuetudinario codificado en el artículo 1105 del TLCAN, un acto debe ser lo suficientemente ofensivo y escandaloso, una grave denegación de justicia, una manifiesta arbitrariedad, una patente injusticia, una completa carencia de debido proceso, una evidente discriminación, o una manifiesta carencia de razones, que caen por debajo de los estándares internacionales aceptados y constituyen una violación al artículo 1105 (1). El Tribunal señala un aspecto de la evolución desde *Neer* que es generalmente acordado, y es que no se requiere de mala fe para encontrar una violación al estándar de trato justo y equitativo, pero su presencia es una evidencia decisiva de dicho estándar.<sup>38</sup>

Seguidamente, el tribunal determinó que la parte demandante no demostró que el Estado demandado actuó bajo el artículo 1105 del TLCAN de una forma manifiestamente arbitraria. Agregó que no se trataba únicamente de demostrar una actuación ilegítima, sino un acto manifiestamente arbitrario, injusto, y sorprendente e inaceptable desde una perspectiva internacional.<sup>39</sup> Aquí se observa que el sesgo estructural del derecho de inversión, alineado con la aparente debilidad del inversionista, es contrarrestado con interpretaciones estáticas atadas a casos de estudio clásicos que cualifican el estándar con una considerable rigurosidad. Eso hace difícil romper el margen de licitud de una medida adoptada por el Estado. De este modo, el sesgo de debilidad a favor del inversionista mantiene un radio de acción en el derecho internacional, pues la protección internacional para el inversionista se mantiene, pero el sesgo no puede brindarle una protección suficiente a la CTN porque el uso dado al derecho de inversión restringe su alcance.

<sup>36</sup> *Ibid.*, párr. 613.

<sup>37</sup> *Ibid.*, párr. 614.

<sup>38</sup> *Ibid.*, párr. 616 y 627 (traducción libre).

<sup>39</sup> *Ibid.*, párr. 626.

El anterior margen de escrutinio tiende a flexibilizar la rigidez del estándar de trato justo y equitativo establecido a partir del caso *Neer* en casos como *Monde* y *ADF*, soportados en el TLCAN. Los referentes sugieren que el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero continúa tejiendo una venganza ante su intento de desestabilización en el Código de Conducta. Luego, más que restringir la protección del inversionista extranjero, consigue expandir su protección en el derecho internacional. En el caso *Mondev* (2002), el tribunal debía decidir si esta compañía estadounidense, que firmó un contrato con la ciudad de Boston para desarrollar un área abandonada, fue víctima de un trato injusto a la luz del artículo 1105 del TLCAN. La disputa se originó en la dificultad entre la empresa y las autoridades públicas para fijar un precio de compra sobre los predios del proyecto, como consecuencia de la diferencia de precios entre la fecha de celebración del contrato y de ejecución del mismo. En términos del trato justo y equitativo, *Mondev* consideraba que la decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos de negar las acciones interpuestas y sin esgrimir razones terminó en una violación de dicho estándar.<sup>40</sup>

El tribunal de arbitramento, al referirse al derecho internacional consuetudinario a la luz del estándar de trato justo y equitativo, fue en sentido contrario a lo dispuesto por el caso *Neer*. De esta manera, se inclinó por ampliar el margen de protección del inversionista, dejándose persuadir por el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero. En primer lugar, después de mencionar el concepto de 2001 de la Comisión de Libre Comercio (CLC, Free Trade Commission) sobre el estatus consuetudinario del estándar, indicó que no se convenía de adoptar íntegramente el estándar fijado en aquel caso. Según su criterio, la delimitación de ese estándar surgió por la afectación de la seguridad física de un extranjero ante la acción de un tercero particular. En consecuencia, era difícil asumir que las provisiones de un tratado bilateral o del TLCAN se enmarcan en el caso *Neer*, dado que los tratados de inversión se refieren al tratamiento que un Estado le brinda al inversionista extranjero.<sup>41</sup>

La anterior interpretación, analizada desde el sesgo de debilidad, permite inferir cómo el tribunal, mediante un argumento basado en la distinción entre bienes protegidos —integridad física (de un sujeto particular) e inversión extranjera—, reafirma el poder implícito de ese sesgo en la estructura del derecho de inversión. Esa distinción sugiere que el derecho de inversión extranjera le brinda al inversionista y/o a su inversión una protección reforzada en el derecho interna-

<sup>40</sup> *Mondev v. The United States of America*, Award, 11 de octubre de 2002, párr. 128.

<sup>41</sup> *Ibid.*, párr. 115.

cional, debido a que tiene una arquitectura normativa alineada con la protección de la aparente debilidad de un sujeto cualificado. De este modo, determinar la protección del inversionista bajo el caso *Neer* le traería desventajas, dado que la solución a dicho caso está construida sobre la protección a la integridad física de un sujeto natural. Así, el derecho de inversión se convierte en el mejor escenario para proteger al inversionista, toda vez que refleja normativamente el sesgo de debilidad a favor de un sujeto específico. Con respecto a la impertinencia de aplicar el caso *Neer*, el tribunal indicó:

El caso *Neer* y otros casos similares, los cuales fueron citados, no tienen que ver con el tratamiento de la inversión extranjera como tal, sino con la seguridad del extranjero. Entonces, hay causas insuficientes para asumir que las provisiones de los tratados bilaterales de inversión y del TLCAN, aunque incorporan el principio *Neer* con respecto a la obligación de proteger contra los actos de los actores privados, afectando la seguridad de los extranjeros presentes en el territorio del Estado, están limitados al estándar *Neer* de un tratamiento ofensivo donde el tema es el tratamiento de la inversión extranjera por el Estado mismo.<sup>42</sup>

En segundo y tercer lugar, el tribunal consideró que el caso *Neer* fue fallado en 1920, cuando el estatus del individuo y del inversionista extranjero estaban menos desarrollados. Esto supone que el alcance del estándar mínimo de aquel entonces no era igual al actual. Luego, para la violación del estándar de trato justo y equitativo no se requiere la prueba de la mala fe.<sup>43</sup> Asimismo, el tribunal agregó que el vasto número de tratados (más de dos mil) regionales y bilaterales de inversión extranjera prevén el trato justo y equitativo. Con este argumento se alude al sesgo de debilidad como norma, esto es, al reflejo de la protección internacional del inversionista con exclusión de obligaciones, mediante un universo de tratados. En correspondencia con ello, el tribunal consideró que una práctica concordante influenció el contenido de las reglas que gobiernan el tratamiento dado a la inversión extranjera en el derecho internacional actual.<sup>44</sup> Con esta interpretación se refuerza el sesgo de debilidad, pues indica que esa evolución del derecho de inversión extranjera con ese universo de tratados ha expandido más que restringido la protección internacional del inversionista, lo que se ha vuelto algo persistente, más que ocasional, en la soberanía regulatoria de los Estados:

<sup>42</sup> *Ibid.* (traducción libre).

<sup>43</sup> *Ibid.*, párr. 116.

<sup>44</sup> *Ibid.*, párr. 117.

Segundo, *Neer* y otras sentencias arbitrales se decidieron en 1920, cuando el estatus de un individuo en el derecho internacional, y la protección internacional de las inversiones extranjeras, estaban menos desarrolladas de lo que han llegado a ser. En particular, los derechos sustantivos y procesales del individuo en el derecho internacional han tenido un desarrollo considerable. En una perspectiva moderna, lo que es injusto o inequitativo no necesariamente corresponde a un ultraje o a un comportamiento ofensivo. En particular, un Estado puede tratar a la inversión extranjera injusta e inequitativamente sin necesariamente actuar de mala fe.<sup>45</sup>

[...]

Tercero, un considerable número de tratados bilaterales y regionales (más de 2000) casi uniformemente prevén un trato justo y equitativo para la inversión extranjera, y extensivamente consagran protección y completa seguridad para las inversiones. En la visión del Tribunal, ese conjunto de prácticas concordante necesariamente ha tenido una influencia en el contenido de las reglas que gobiernan a la inversión extranjera en el derecho internacional actual. Sería sorprendente si esta práctica y el considerable número de provisiones fuesen interpretadas con un significado menor que lo dispuesto por el Tribunal en *Neer* (en un contexto diferente) en 1927.<sup>46</sup>

Finalmente, el tribunal aplicó la definición del estándar de trato justo y equitativo a los hechos, y negó las pretensiones del demandante. Según su apreciación, con las bases fácticas no se podía sostener que la demandada violó el contrato o que se rehusó a cumplirlo.<sup>47</sup> Asimismo, sostuvo que no se pronunciaba sobre la viabilidad de aplicar una nueva ley de forma retrospectiva al contrato esgrimido por *Monddev*, pues esas eran decisiones de resorte interno.<sup>48</sup>

En la decisión adoptada por el tribunal, el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero salió victorioso, cosa distinta es que los hechos no se enmarquen en una violación del estándar. El tribunal, para construir el contenido del estándar de trato justo y equitativo, decidió darle un mayor alcance normativo al sesgo de debilidad. Para ello reforzó el carácter exclusivo de los derechos que protegen al inversionista, por estar dirigidas a tal sujeto y sus inversiones, así como enfatizó en la evolución que han tenido las mismas. De este modo, el sesgo de debilidad se superpuso a una interpretación del estándar bajo un

<sup>45</sup> *Ibid.*, párr. 116 (traducción libre).

<sup>46</sup> *Ibid.*, párr. 117 (traducción libre).

<sup>47</sup> *Ibid.*, párr. 129.

<sup>48</sup> *Ibid.*, párr. 137.

carácter consuetudinario atado a un espectro rígido, como ocurrió con el caso *Glamis* y su referencia al estándar del caso *Neer*.

El caso *ADF*, presentado contra los Estados Unidos, se apoyó en el caso *Mondev*. Allí se esgrimió una posición similar sobre el contenido del artículo 1105 del TLCAN. En este caso, el tribunal debía decidir si esta corporación canadiense, como subcontratista dedicada a fabricar y proveer las estructuras de acero para la construcción de unas avenidas interestatales en los Estados Unidos, recibió un trato injusto del estado de Florida, como consecuencia de una normatividad que dispuso el uso de acero doméstico y restringió la importación de insumos entre la principal y la subsidiaria, aumentando así los costos del contrato.<sup>49</sup>

El tribunal se orientó por una interpretación progresista del estándar, con lo que afianzó el sesgo de debilidad a favor del inversionista. Para ese fin, comenzó refiriéndose a la interpretación de la Comisión de Libre Comercio sobre el artículo en cuestión. Entonces indicó que conceder un trato en igualdad de condiciones al inversionista nacional y extranjero “no necesariamente” agota las obligaciones del Estado receptor con el nacional extranjero. Agregó que si el tratamiento dado por el Estado bajo su derecho doméstico está por debajo del estándar mínimo requerido por el derecho internacional consuetudinario, los extranjeros pueden exigir un mejor tratamiento.<sup>50</sup> Con esta interpretación, el tribunal afianzó las prescripciones del sesgo de debilidad al señalar la protección reforzada que el inversionista extranjero tiene en el derecho internacional. En efecto, este escenario propicia el diseño de una arquitectura normativa, en correspondencia con las prescripciones de ese sesgo. De hecho, la interpretación del tribunal reafirma que el derecho doméstico es insuficiente para proteger la supuesta vulnerabilidad del inversionista frente al poder regulatorio del Estado huésped de la inversión. En palabras del tribunal:

La interpretación de la CLC de 31 de julio especifica que el “tratamiento en concordancia con el derecho internacional” referido al artículo 1105 (1) es el estándar mínimo de tratamiento para los extranjeros prescrito en el derecho internacional consuetudinario. Además se hace la aclaración de que conceder la igualdad de trato entre nacionales y no nacionales, o entre nacionales de terceros Estados, no necesariamente agota las obligaciones internacionales del Estado receptor *vis a vis* con los nacionales del Estado matriz. Donde el tratamiento acordado por el Estado bajo su derecho doméstico para sus propios nacionales está por debajo del estándar

<sup>49</sup> *Ibid.*, párr. 45, 46 y 66.

<sup>50</sup> *Ibid.*, párr. 178.

mínimo de trato requerido bajo el derecho internacional consuetudinario, los no nacionales se hacen acreedores a un tratamiento mejor que el acordado por el Estado bajo las leyes nacionales.<sup>51</sup>

El tribunal, en sintonía con el caso *Mondev*, sugirió que el derecho internacional consuetudinario y el estándar mínimo de trato para los extranjeros están en un proceso de desarrollo constante y no se mantienen estáticos, según lo dispuesto por *Neer* en 1927.<sup>52</sup> Agregó que el estándar de este caso no debe ser “automáticamente extensible al contexto contemporáneo del tratamiento dado a los inversionistas extranjeros y sus inversiones por el Estado receptor”.<sup>53</sup> Lo anterior porque el estándar del caso *Neer* surgió para determinar la seguridad física que el Estado receptor le debe prestar a un extranjero frente a los actos de terceros dirigidos contra su integridad.<sup>54</sup> Esta interpretación, traída del caso *Mondev*, denota cómo el sesgo de debilidad, mediante su reflejo normativo, impulsa interpretaciones orientadas a garantizar la protección del sujeto que abriga, las cuales son construidas y reproducidas por los Estados y sus intérpretes. Los primeros como los diseñadores de los tratados, y los segundos como los aplicadores en casos concretos.

Finalmente, el tribunal desestimó las pretensiones de la demanda, pero ello no supuso desconocer el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero. El tribunal determinó el alcance del estándar, motivado por ampliar el alcance del sesgo estructural del derecho de inversión extranjera; construyó una interpretación progresista del mismo con apoyo en la evolución que han tenido las normas expresamente dirigidas al inversionista extranjero. Ahora bien, al momento de valorar los hechos y pruebas a la luz del alcance dado a ese estándar, encontró que eran insuficientes para conceder las pretensiones del demandante. De este modo, la flexibilización del estándar no lo desvinculaba de unos parámetros para reconocer su violación. Esos parámetros no eran los mismos del caso *Neer*, pero tampoco suponían desligarse de su carácter consuetudinario. Algunos de los argumentos para descartar las pretensiones del inversionista indicaron que

<sup>51</sup> *Ibid.*

<sup>52</sup> “Puesto en términos ligeramente diferentes, lo que el derecho internacional consuetudinario proyecta no es una fotografía estática del estándar mínimo de tratamiento a los extranjeros, como fue establecido en 1927 cuando el Laudo en el caso *Neer* fue proferido. Tanto el derecho internacional consuetudinario como el estándar mínimo internacional de trato a extranjeros que incorpora, están en un constante proceso de evolución”. *Ibid.*, párr. 179 (traducción libre).

<sup>53</sup> “No hay una necesidad y una concordancia con la práctica de los Estados de apoyar la visión de que el enunciado de *Neer* es automáticamente extensible al contexto contemporáneo de tratamiento a los inversionistas extranjeros, y a sus inversiones por el Estado receptor”. *Ibid.*, párr 181 (traducción libre).

<sup>54</sup> *Ibid.*, párr.180-181.

este no demostró que los Estados Unidos tuvieran que aplicar la jurisprudencia esgrimida por el demandante a su caso.<sup>55</sup> Tampoco se demostró que un acto *ultra vires* en el contexto del derecho interno asumiera un carácter “gravemente injusto o inequitativo”, bajo el estándar consuetudinario del artículo 1105. Según el tribunal, algo más que una simple ilegalidad o carencia de autoridad en el derecho doméstico debía demostrarse para cumplir con los requerimientos del artículo en cita.<sup>56</sup> Asimismo, el demandante no demostró que las medidas adoptadas por los Estados Unidos impusieran cargas excesivamente gravosas para el inversionista, o que solo pudieran cumplirse por una empresa de acero estadounidense.<sup>57</sup>

El carácter rígido del estándar de trato justo y equitativo en el caso *Glamis*, y su flexibilización en casos como *ADF* y *Mondev*, adquieren otro nivel de análisis con el caso *Metalclad v. México*. Este caso, también interpuesto por una presunta violación al artículo 1105 del TLCAN, no se centró en un análisis medurado del contexto histórico y evolutivo del estándar, con miras a definir su alcance a la luz de su pertenencia al estándar mínimo internacional de trato. En los casos citados, cada tribunal adoptó una postura con respecto al espectro internacional del estándar, previo a la realización de un análisis medurado. En el caso *Metalclad*, el tribunal optó por un análisis escueto del contexto evolutivo del estándar. Como se verá, este análisis le significó un mayor alcance al sesgo de debilidad, lo que amplió el margen de defensa internacional del inversionista frente al Estado. No obstante, ese alcance expansivo está permeado de cuestionamientos. En este caso se debía determinar si la decisión del ente municipal de negar a *Metalclad* la continuación de la construcción de un confinamiento para residuos peligrosos, después de su aprobación por el ente federal, equivalía a una medida expropiatoria y a un trato injusto e inequitativo.

El tribunal incluyó los parámetros de transparencia en la definición del estándar y lo asumió como un eje para su decisión. Con ello desbordó el margen de análisis del estándar, cuando se asume su pertenencia al estándar mínimo internacional. Para ese fin, el tribunal se apoyó en la declaración de principios y reglas que introduce el TLCAN con respecto a la transparencia debida al inversionista extranjero (artículo 102). Con ello indicó el deber del Estado de brindar un marco claro para el desarrollo de la actividad del inversionista, despejando toda duda o incertidumbre:

<sup>55</sup> *Ibid.*, párr. 189.

<sup>56</sup> *Ibid.*, párr. 190.

<sup>57</sup> *Ibid.*, párr. 191.

En la declaración de principios y reglas que introduce el Tratado, la referencia a la “transparencia” es de importancia mayor (*Artículo 102(1) del TLCAN*). El Tribunal entiende que esto incluye la idea de que todo requerimiento legal pertinente a efecto de iniciar, completar u operar exitosamente inversiones realizadas, o que se tenga intención de realizar al amparo del Tratado, debería ser de fácil conocimiento de todos los inversionistas afectados de la otra Parte. No debería de haber lugar a duda o incertidumbre en tales asuntos.<sup>58</sup>

A partir de ese marco de transparencia, leído con posterioridad como una extralimitación de los árbitros,<sup>59</sup> el tribunal declaró la responsabilidad del Estado de México. Después de revisar las competencias del ente federal y municipal, consideró demostrada “la ausencia de una regla clara sobre el requerimiento o no de un permiso municipal de construcción”. Máxime porque los funcionarios federales le afirmaron a *Metalclad* que un permiso ante el ente municipal no era perentorio, y si lo solicitaban no sería negado.<sup>60</sup> El tribunal adicionó el error de la autoridad municipal al extralimitarse en sus competencias, dado que negó la construcción de un confinamiento para residuos peligrosos, sin competencia para ello.<sup>61</sup> Finalmente, el tribunal declaró la responsabilidad del Estado por la carencia de un marco transparente violatorio del trato justo y equitativo.<sup>62</sup> Aquí el sesgo de debilidad se favoreció por las extralimitaciones del tribunal. Para este, la protección del inversionista era insuficiente a la luz del estatus consuetudinario del artículo 1105, pese al sesgo estructural que tienen los derechos de los inversionistas extranjeros por su alineación con la aparente debilidad de estos sujetos. Entonces, sin dar muchas explicaciones frente a la postura asumida, el tribunal

<sup>58</sup> *Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos*, Laudo, ARB (AF)/97/1, 30 de agosto de 2000, párr. 76.

<sup>59</sup> En el caso *Waste Management* se indica que México buscó la revisión del laudo ante la Suprema Corte de British Columbia. Acorde con *Waste Management*, la Suprema Corte determinó que el tribunal se extralimitó en su jurisdicción al incorporar en el análisis del artículo 1105 provisiones relacionadas con la transparencia. También indicó que el tribunal se extralimitó al encontrar probada una expropiación bajo el criterio de transparencia, dado que este parámetro de análisis estaba por fuera del alcance de la solicitud de arbitraje. En cuanto al decreto ecológico, consideró que estaba en la jurisdicción del tribunal y no era “patentemente irrazonable”. *Waste Management v. United Mexican States*, Award, ARB (AF)/00/3, párr. 154.

En el caso *Marrin Feldman*, el tribunal, al hacer un rastreo de las decisiones previas sobre expropiación, indicó que en el caso *Metalclad* los principales fundamentos de decisión “fueron en gran medida anulados por la corte de revisión, la Suprema Corte de la Columbia Británica”. *Marrin Feldman v. México*, Award, ARB (AF)/99/1, 16 de diciembre de 2002, párr. 107.

<sup>60</sup> *Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos*, Laudo, ARB (AF)/97/1, párr. 88.

<sup>61</sup> *Ibid.*, párr. 83 a 86.

<sup>62</sup> “México no cumplió con asegurar un marco transparente y previsible para la planeación del negocio e inversión de *Metalclad*. Estas circunstancias en su totalidad demuestran una falta de orden en el proceso y disposición en tiempo en relación con un inversionista de una Parte que actuó con la expectativa de que recibiría un trato justo y equitativo de conformidad con el TLCAN”. *Ibid.*, párr. 99.

prefirió asimilar el análisis del estándar a su condición de autónomo. Así, el tribunal se desvinculó de todo el contenido consuetudinario del estándar, y simplemente se inclinó por ampliar el alcance del sesgo de debilidad a favor del inversionista.

*El análisis del estándar como independiente*

Cuando el estándar de trato justo y equitativo es analizado de forma autónoma, el inversionista resulta más favorecido, porque el sesgo de debilidad que opera en su favor tiene un camino más despejado para garantizarle su protección. El debate entre el carácter estático y su evolución no es esencial. Por ello, este nivel de protección para el inversionista refleja una clara venganza del sesgo de debilidad contra los intentos de su desestabilización en el Código de Conducta. De hecho, el marco de protección asume dimensiones quizá no previstas por los Estados en desarrollo en la negociación del Código de Conducta. Según la postura de esos Estados, la referencia en el Código al derecho internacional era un filtro para incluir el estándar mínimo de trato para el inversionista. De tal manera, el inversionista ampliaría su vulnerabilidad para defender sus intereses, asegurando su protección en los confines del derecho internacional consuetudinario. Ante tal afianzamiento, los Estados en desarrollo propusieron que su protección se mantuviera únicamente por las obligaciones convencionales acordadas por ellos.

En contraste, jurisprudencialmente la protección del inversionista supera las restricciones de los Estados en desarrollo expuestas en el Código de Conducta. En este contexto, el sesgo de debilidad se favorece porque el análisis del trato justo y equitativo, desligado de su marco consuetudinario, pone en desventaja al Estado demandado. Con ello el inversionista fortalece su aparente debilidad ante la soberanía regulatoria estatal. El nivel de escrutinio no requiere el quebrantamiento del trato justo y equitativo con los mismos parámetros del caso *Neer*. Se podría sugerir que para el tribunal el dilema jurídico se concentraría en los riesgos que un alcance amplio del estándar le causaría a la libertad regulatoria de los Estados. Sin embargo, la jurisprudencia sugiere que los árbitros se inclinan hacia el favorecimiento del inversionista, pues hacen uso del carácter autónomo del estándar, más que hacia la determinación de las consecuencias adversas para los Estados. Esto no supone, en todos los casos, una conducta arbitraria de los árbitros, ellos simplemente actúan respetando el constreñimiento a la libertad regulatoria que convencionalmente aceptan los Estados. Luego la ampliación del alcance del sesgo de debilidad no es solo una decisión de los aplicadores o intérpretes, está también determinada por quienes redactan las provisiones para la protección del inversionista extranjero.

En el caso *MTD* (empresa italiana) contra Chile se observan las consecuencias del análisis del trato justo y equitativo como un estándar autónomo frente al sesgo de debilidad a favor del inversionista. El tribunal debía determinar si la imposibilidad de ejecutar la construcción de una ciudad satélite por parte de *MTD* en el lugar inicialmente aprobado por el Estado chileno violaba el trato justo y equitativo. En este caso, el Tribunal consideró que no existía en el TBI entre Italia y Chile relación entre el derecho internacional consuetudinario y el estándar de trato justo y equitativo. Por ello, debía aplicar las provisiones de los TBI e interpretarlas en articulación con la Convención de Viena sobre tratados.<sup>63</sup> En este sentido, un tratado se debería interpretar de buena fe, considerando el significado ordinario de los términos del tratado en su contexto, así como su objetivo y propósito.<sup>64</sup> En consecuencia, el significado ordinario de los términos justo y equitativo correspondían a:

En su significado común, los términos “justo” y “equitativo” usados en el artículo 3(1) del TBI significan “justo”, “equitativo”, “imparcial”, “legítimo”. Estos términos son además usados en el artículo 2(2) del TBI, que tiene como título “Promoción y protección de las inversiones”. Desde aquí, en términos del TBI, trato justo y equitativo deberá ser entendido como un tratamiento equitativo y de una manera justa, conductivo a fomentar la promoción de inversión extranjera. Sus términos son enmarcados como un anuncio proactivo para promover, crear, estimular, más que prescripciones para generar un comportamiento pasivo del Estado o para anular la conducta perjudicial de los inversionistas.<sup>65</sup>

Al momento de decidir, el tribunal reconoció las pretensiones del inversionista. Declaró la responsabilidad de Chile por violar el estándar de trato justo y equitativo, y aprobó la ejecución de un proyecto de inversión en contra de lo reglado por el derecho interno.<sup>66</sup> Aunque declaró que el inversionista incurrió en responsabilidad por no protegerse diligentemente con respecto a los riesgos inherentes a la inversión realizada.<sup>67</sup> Si se considera la postura del tribunal, el sesgo de debilidad a favor del inversionista se fortalece cuando el estándar se interpreta bajo los usos ordinarios de las palabras. Atrás quedan las interpretaciones plegadas al estándar *Neer*, caracterizadas por el uso de calificativos que hacen más gravosa la prueba de la violación del estándar. De hecho, es más

<sup>63</sup> *MTD Equity Sdn. Bhd and MTD Chile S.A v. Republic of Chile*, Award, ARB/01/7, 25 de mayo de 2004, párr. 111 y 112.

<sup>64</sup> *Ibid.*, párr. 112.

<sup>65</sup> *Ibid.*, párr. 113 (traducción libre).

<sup>66</sup> *Ibid.*, párr. 166 y 167.

<sup>67</sup> *Ibid.*, párr. 178.

exigente la demostración de una “evidente discriminación, una manifiesta arbitrariedad, una patente injusticia, una completa carencia de debido proceso o un acto lo suficiente ofensivo y escandaloso”, que la prueba de una conducta que no fomente la inversión por ser inequitativa o injusta.

El caso *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A v. Estados Unidos Mexicanos* refleja las consecuencias del carácter autónomo del estándar de trato justo y equitativo a la luz del sesgo de debilidad. El tribunal debía determinar si Tecmed fue tratado injustamente al no obtener la renovación de la autorización para las actividades de Cytrar, un confinamiento de desechos peligrosos en funcionamiento desde tiempo atrás. El tribunal determinó el carácter autónomo del estándar del artículo 4.1 del Acuerdo de Inversiones entre España y México. Indicó que los alcances fijados por el tribunal para tal derecho eran aplicables si eran interpretados bajo el sentido ordinario dispuesto por la Convención de Viena o conforme con el derecho internacional y el principio de buena fe.<sup>68</sup> A esto se agregó que el desconocimiento del alcance del estándar dado por el tribunal le restaría “contenido semántico propio o de utilidad práctica, lo cual seguramente contrariaría la intención de las partes contratantes”, “quienes sin duda persiguieron con su inclusión en el Acuerdo fortalecer y acrecentar el nivel de seguridad y confianza del inversor extranjero”.<sup>69</sup>

Con la anterior interpretación se denota cómo el sesgo de debilidad a favor del inversionista, reflejado en el derecho de inversión, influye en las decisiones de los árbitros. El carácter autónomo del estándar le abre la puerta a un estatus aún más privilegiado para el inversionista extranjero, pues amplía los alcances del sesgo de debilidad frente a la soberanía regulatoria estatal y con ello de las herramientas para su defensa. Ese carácter puede verse afanzado cuando el tribunal se inclina a reconocer esos alcances. En el caso concreto, el tribunal se identificó plenamente con el sesgo de debilidad y se orientó hacia la protección de la aparente debilidad del inversionista ante el poder regulatorio del Estado. En este tipo de decisiones se hace más evidente que los Estados condicionan su libertad regulatoria influenciados por la incorporación implícita de ese sesgo en el derecho de inversión. Por su parte, los árbitros, ante esta arquitectura normativa, se inclinan por tomar decisiones respetando la dinámica del derecho de inversión, creada por las partes contratantes. En ese sentido, para el tribunal el estándar de trato justo y equitativo supone:

<sup>68</sup> *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A v. Estados Unidos Mexicanos*, Laudo, ARB (AF)/00/2, 29 de mayo de 2003, párr. 155.

<sup>69</sup> *Ibid*, párr. 156.

El Tribunal Arbitral considera que esta disposición del Acuerdo, a la luz de los imperativos de buena fe requeridos por el derecho internacional, exige de las Partes Contratantes del Acuerdo brindar un tratamiento a la inversión extranjera que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión. Como parte de tales expectativas, aquel cuenta con que el Estado receptor de la inversión se conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero [...]. El inversor extranjero también espera que el Estado receptor actuará de manera no contradictoria; es decir, entre otras cosas, sin revertir de manera arbitraria decisiones o aprobaciones anteriores o preexistentes emanadas del Estado en las que el inversor confió y basó la asunción de sus compromisos [...]. El inversor igualmente confía en que el Estado utilizará los instrumentos legales que rigen la actuación del inversor o la inversión de conformidad con la función típicamente previsible de tales instrumentos, y en todo caso nunca para privar al inversor de su inversión sin compensación.<sup>70</sup>

El tribunal encontró probada la violación del estándar de trato justo y equitativo al analizar la conducta de la demandada. Consideró que Cytrar asumió contar con la autorización para el funcionamiento del confinamiento hasta tanto se concretara la reubicación del mismo. Esta situación fue aceptada por las autoridades, en consideración a la idoneidad del confinamiento para proceder a su reubicación, sin que tal idoneidad se opacara por las manifestaciones sociales.<sup>71</sup> Para el tribunal, las autoridades de México actuaron ambiguamente faltando a la transparencia. Por un lado, reconocieron la idoneidad de Cytrar para operar el nuevo confinamiento. Del otro, negaron la renovación de la autorización para el confinamiento, argumentando peligros para el medio ambiente y la salud. Aunado a esto, la negación de la autorización sin compensación desconocía las pérdidas económicas del demandante. Asimismo, era una forma de presionar para que operase en otro lugar. Además, la demandada desconoció la intención de Cytrar de arrojarse parte de los costos de reubicación, siempre que le conservaran la autorización.<sup>72</sup>

En conclusión, la revisión jurisprudencial refleja tres niveles de análisis del estándar de trato justo y equitativo. Estos niveles se ligan al uso dado al derecho internacional bajo el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero. Cuando el estándar pertenece al estándar mínimo internacional, el sesgo de

<sup>70</sup> *Ibid.*, párr. 191-192.

<sup>71</sup> *Ibid.*, párr. 160.

<sup>72</sup> *Ibid.*, párr. 162-163.

debilidad puede ampliarse o restringirse. Así, en el primer nivel, si el tribunal adopta una postura rígida en relación con la evolución del estándar, su alcance se establece con los postulados del caso *Neer*. Esto conlleva a una mayor carga probatoria para el inversionista. En últimas, la interpretación dada al estándar atenúa la aparente debilidad del inversionista frente al poder regulatorio del Estado, haciendo más gravoso para el inversionista la prueba de la violación al derecho internacional, con lo cual se favorece el Estado.

En el segundo nivel, el estándar pertenece al estándar mínimo, pero con una mirada progresista; aquí el sesgo de debilidad demuestra su capacidad de reinventarse. Su radio de acción se flexibiliza en beneficio del inversionista. Este supone una adecuación a un contexto moderno, más que pérdida de rigidez. Esa adaptación disminuye los rigurosos requerimientos exigidos bajo el caso *Neer*, mas ello no significa una flexibilización del estándar desprovista de parámetros exigentes para ser contrastados con los hechos. Finalmente, cuando el estándar se asume autónomo, el marco de vulnerabilidad del inversionista es más poderoso. La delimitación del contenido y el alcance del estándar no se miden con su carácter estático en contraste con el evolutivo, propio de su origen consuetudinario. Al desligarse de este carácter, su interpretación se hace a la luz de los usos ordinarios del lenguaje y por lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Este es uno de los escenarios que mejor describe la venganza del sesgo de debilidad después de su intento de desestabilización en el Código de Conducta. Aquí el Estado, sometido al escrutinio del tribunal, encuentra mayores dificultades para demostrar la licitud internacional de sus actuaciones, pues los Estados han cedido su libertad regulatoria con amplios alcances a favor del sesgo de debilidad. Lo que los árbitros hacen es actuar en correspondencia con la ampliación del sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero, que ha sido previamente consentido por los Estados.

Los tres niveles indican que la pertinencia de una medida doméstica, al ser analizada a la luz de los estándares internacionales de inversión extranjera, se encuentra con el sesgo de debilidad a favor del inversionista. Por lo tanto, el mismo derecho de inversión extranjera se inclina hacia la protección del inversionista extranjero. Si a eso se le suma la postura particular que adopte el tribunal con respecto al sesgo inherente a los estándares, el análisis de responsabilidad del Estado tendrá parámetros más o menos rigurosos. Esto supone que en ocasiones las tensiones entre la protección a la inversión extranjera y el ejercicio del poder público, por razones de medio ambiente o salubridad, serán resueltas a favor de la primera. En este tipo de soluciones, el sesgo se superpone

mediante la estructura normativa que le imprime al derecho de inversión y es impulsado por sus intérpretes.

#### EL ESTÁNDAR DE EXPROPIACIÓN

En la negociación del Código no se discutió la facultad soberana de los Estados de expropiar, sino la remisión al derecho internacional como límite de la facultad expropiatoria de los Estados y de la compensación, lo cual incidía en el alcance internacional del sesgo de debilidad. En el Código, la expropiación se entendió como el traslado real de la propiedad del inversionista al Estado, omitiéndose la expropiación indirecta. En el estándar de compensación, la mayoría de los Estados desarrollados defendían la Cláusula Hull, aduciendo su pertenencia al estándar mínimo internacional. Los Estados en desarrollo rechazaban su estatus consuetudinario, y en consecuencia su inclusión. En la práctica contemporánea, los debates se desligan del estándar de compensación y se centran en el alcance del derecho internacional sobre las acciones expropiatorias directas e indirectas.

Lo anterior sugiere una expansión del sesgo de debilidad a favor del inversionista en correspondencia con su venganza a partir de los años noventa. Durante la negociación del Código, los Estados en desarrollo pretendieron atenuar ese sesgo restringiendo el alcance del derecho internacional para la protección del inversionista. En este sentido, le apuntaron a regular la expropiación bajo el derecho doméstico. Agregaron, además, la solución de controversias originadas por este tema en cortes del mismo resorte. Como era de esperarse, el estándar de la Cláusula Hull fue rechazado por sus posturas anticoloniales. En contraste, la celebración de tratados de inversión con posterioridad al fracaso del Código incluye el estándar de la Cláusula Hull o una aproximación. Del mismo modo, las instancias internacionales para revisar las facultades expropiatorias no son repelidas por los Estados. Más que una imposición o amenaza a la soberanía interna, le brindan confianza al inversionista.

#### **La negociación del estándar en el Código de Conducta**

En los reportes de la Comisión de CTN, la figura de la expropiación se concibió como parte del derecho internacional consuetudinario.<sup>73</sup> Con respecto al estándar de compensación, este organismo partió de una norma internacional consuetudinaria, que encontró problemas para la estabilización general del estándar por el proceso de descolonización. De este modo, las diferencias entre los Estados se orientaron al alcance del derecho internacional sobre la expro-

<sup>73</sup> Naciones Unidas, E/C.10/1985/S/2, párr. 31.

piación directa y su correspondiente compensación, por lo que entró en juego el radio de acción del sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero.

Los Estados no se interesaron por discutir con profundidad los estándares que determinan la legalidad de una expropiación. Esto es, su carácter público, no discriminatorio, acorde con un debido proceso y con una compensación. Su atención se centró en el contenido del último y el poder de condicionamiento del derecho internacional sobre los Estados. En ambos casos, el sesgo de debilidad a favor del inversionista constreñía la soberanía regulatoria en beneficio del inversionista extranjero. Los Estados desarrollados, como impulsores del sesgo de debilidad, defendieron la redacción de una cláusula inclusiva de una norma consuetudinaria, con el propósito de frenar la resistencia de los Estados en desarrollo con respecto a la protección internacional del inversionista extranjero. En este sentido, propusieron la inclusión de la Cláusula Hull, aduciendo su pertenencia al estándar mínimo consuetudinario,<sup>74</sup> correspondiente al pago de una compensación “*pronta, adecuada y efectiva*”,<sup>75</sup> así como a un pago hecho de forma inmediata, equivalente al valor de la propiedad tomada y pagada en la moneda legal del extranjero privado de su propiedad.<sup>76</sup> Para estos Estados, la referencia al derecho internacional aseguraba la protección de la aparente debilidad del inversionista, pues la revisión de los poderes regulatorios bajo este contexto se encontraba con la incorporación normativa del sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero. Por su parte, los Estados en desarrollo propusieron una redacción que buscaba desestabilizar el sesgo de debilidad al reducir su espectro internacional.

La primera propuesta oficial de un borrador, en 1982, reveló las grandes distancias entre los Estados en desarrollo y desarrollados. Los primeros propusieron un claro ataque al sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero. La propuesta presentada por Venezuela, en representación del G77, indicó que la expropiación sería regulada con la legislación, regulaciones y todas las circunstancias consideradas pertinentes por el Estado titular de la medida. Excluyó la referencia a la Cláusula Hull en el pago de la compensación, pero aceptó el pago de una *adecuada compensación*, que no coincidía con el estándar alcanzado en la Carta de Derechos y Deberes. Además, la fórmula no indicó lo que debería

<sup>74</sup> *Ibid.*, párr. 36.

<sup>75</sup> Edwin Borchard, “Minimum Standard of the Treatment of Aliens”. *American Society of International Law Proceedings* 33, n.º 51 (1939): 51.

<sup>76</sup> Frank Dawson y Burns Weston, “‘Prompt, Adequate and Effective’: A Universal Standard of Compensation?”. *Fordham Law Review* 30 (1961-1962): 736-738.

entenderse por ese tipo de compensación. Asimismo, rechazaron la inclusión expresa del derecho internacional promovida por los Estados desarrollados.

En el ejercicio de su derecho a nacionalizar o expropiar totalmente o parcialmente los activos o las operaciones de las corporaciones transnacionales en su territorio, el Estado adoptante de aquellas medidas deberá pagar una adecuada compensación tomando en cuenta sus propias leyes y las regulaciones y todas las circunstancias, las cuales el Estado puede juzgar relevantes [...].<sup>77</sup>

La misma propuesta en la segunda parte revela el interés de los Estados desarrollados por incluir la Cláusula Hull. De este modo, con el apoyo en el derecho internacional consuetudinario pretendían garantizar la vigencia y expansión del sesgo de debilidad inserto en la estructura normativa del derecho de inversión extranjera, y con ello frenar los escepticismos de los Estados en desarrollo. Adicionalmente, la cláusula incluyó una cualificación de las circunstancias que anteceden la adopción de la medida. Entonces, debía ser una medida expropiatoria no discriminatoria, con un propósito público, acorde con un debido proceso, así como con unas condiciones por valorar al determinar la suma a compensar:

En el ejercicio de su soberanía, los Estados tienen el derecho de nacionalizar o expropiar la propiedad extranjera en su territorio. Cualquier medida de propiedad debe ser no discriminatoria, con un propósito público, en concordancia con el debido proceso, y no estar en violación de proyectos específicos contrariando contratos u otros acuerdos, y acompañada por el pago de una pronta, adecuada y efectiva compensación. Tal compensación deberá corresponder al valor total de los intereses de propiedad tomados sobre la base de su valor justo en el mercado, incluyendo su valoración, o con otros métodos de evaluación apropiados internacionalmente, determinados aparte de cualquier efecto sobre el valor causado por la medida expropiatoria o medidas, o las expectativas de ellas. El pago de la compensación deberá ser libremente convertible y transferible, y no deberá estar sujeto a alguna medida restrictiva aplicable a la transferencia de pagos, ingresos o capital.<sup>78</sup>

Ahora bien, en la etapa inicial del Código se destinó una cláusula para las controversias surgidas por expropiación y compensación. Debido a su inviabilidad a la luz del sesgo de debilidad impulsado por los Estados desarrollados, sus propo-

<sup>77</sup> Naciones Unidas, Report of the Intergovernmental Working Group on a Code of Conduct on its Fifteenth, Sixteenth and Seventeenth Sessions, E/C.10/1982/6, 5 de junio 1982, anexo, 15, párr. 54 (traducción libre).

<sup>78</sup> *Ibid.*, 16 (traducción libre).

nentes renunciaron en corto tiempo. Los Estados en desarrollo propusieron resolver tales controversias en las cortes domésticas del Estado que expropia, haciendo eco de la Doctrina Calvo.<sup>79</sup> De acuerdo con esta, la responsabilidad internacional de un Estado solo surgía por denegación de justicia, previo agotamiento de los recursos internos,<sup>80</sup> con lo cual se pretendía reafirmar el carácter consuetudinario de esta norma.<sup>81</sup> En la sesión especial, convocada nuevamente entre enero y marzo de 1983, se decidió que la solución de diferencias entre las CTN y los Estados estaría regulada en el artículo 56.<sup>82</sup> Con tal individualización, la solución de controversias adquirió un rumbo favorable a los intereses del inversionista extranjero, afianzando el sesgo de debilidad que recae en este. En efecto, se extendió a otros temas y abrió paso al arbitraje internacional, por lo que abandonó su carácter exclusivo con respecto a las contiendas expropiatorias resueltas por cortes nacionales.

Al seguir con la cláusula de expropiación desligada de la solución de controversias, uno de los problemas para un consenso era el derecho aplicable y el estándar de compensación. Como alternativa, en la sesión especial de 1983 se formuló una cláusula que enfatizó en el consenso mínimo entre los Estados. En tal sentido, el presidente de la sesión elaboró una cláusula en la que trató de articular el consenso sobre el derecho de expropiar y la obligación de

<sup>79</sup> Sin embargo, esa propuesta, que refleja la integridad de la Doctrina Calvo expuesta por los Estados latinoamericanos desde el siglo XIX, estuvo precedida por posiciones más flexibles provenientes de estos mismos. Así, una delegación de Estados de América Latina, entre ellos Venezuela y el Perú, presentaron un documento de sugerencias en 1976. En este indicaron que en caso de controversias ligadas a una medida expropiatoria y compensatoria serían resueltas conforme a la legislación y las cortes del Estado que nacionalice, a menos de que el Estado decida recurrir a otros medios, basado en la igualdad soberana y acorde con el principio de libre elección. Naciones Unidas, Report of the Commission on Transnational Corporations, Report on the Second Session, 1 al 12 de marzo de 1976, anexo IV, párr. 7 y 8.

<sup>80</sup> A. O. Adede, "The Minimum Standards in a World of Disparities", en R. St. J. Macdonald y D. M. Johnston Editores, *The Structure and Process of International Law* (Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1983), 1004.

<sup>81</sup> En el caso *Interhandel*, la Corte Internacional de Justicia sostuvo que la regla de agotamiento de los recursos locales es de carácter internacional. En general, se ha seguido esta regla en los casos donde el Estado ha adoptado la causa de un nacional, cuyos derechos han sido desconocidos por otro Estado en violación del derecho internacional. La Corte señaló la necesidad de brindar una oportunidad al Estado que incurrió en la violación de reparar los daños por sus propios medios en el marco de su derecho doméstico (*Interhandel case, Switzerland v. United States of America*, International Court of Justice, Preliminary Objections, 21 de marzo de 1959, 25). Véase también: Adede, "A Survey of Treaty Provisions on the Rule of Exhaustion of Local Remedies", *Harvard International Law Journal* 18, n.º 1, 1977: 1-17.

<sup>82</sup> Naciones Unidas, Basis for a Concluding Document: Proposal by the Chairmen of Working Groups I and II, E/C.10/1983/S/5, anexo IV, 32.

"56. Las controversias entre los Estados y las entidades corporativas transnacionales que no se hayan resuelto amigablemente entre las partes, deben ser presentadas ante las cortes nacionales competentes o autoridades, de conformidad con la ley del parágrafo 7. Siempre y cuando las partes lo decidan, tales disputas podrán ser referidas a otros procedimientos de solución de disputas mutuamente acordados".

compensar; formuló una cláusula en la que no se cualificaba el estándar para la compensación. Sobre esto último, la provisión indicó que debía realizarse en sintonía con las normas legales aplicables. Esta cláusula no era del agrado de los Estados desarrollados. Para ellos, una referencia ambigua a los parámetros de la compensación pondría en riesgo el alcance del sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero. Según su postura, la inclusión expresa del estándar Hull condicionaba el poder regulatorio de los Estados receptores de la inversión en beneficio de las CTN. Con ello, asumían que la vinculatoriedad de una norma consuetudinaria limitaba el escepticismo de los Estados en desarrollo frente a la protección internacional de las CTN. La cláusula señaló: “Es de conocimiento que los Estados tienen el derecho a nacionalizar o expropiar los activos de las corporaciones transnacionales operando en su territorio, y que la compensación es pagada por el Estado implicado en concordancia con las normas legales aplicables”.<sup>83</sup>

La anterior cláusula fue replicada en la sesión especial en junio de 1985.<sup>84</sup> A esta sesión asistió un grupo de expertos que expresó sus consideraciones. Para el grupo era preciso cualificar la compensación con un concepto intermedio que nivelara las diferencias. Entonces, señalaron que una “apropiada compensación” era el término más conveniente, aunque sin definirla. El grupo agregó que las palabras “en correspondencia con las regulaciones legales aplicables” deberían eliminarse. Esa propuesta dejaba en el limbo la referencia al derecho local, tan defendida por los Estados en desarrollo, pero tan resistida por los Estados desarrollados, pues le restaba al sesgo de debilidad su radio de acción internacional para limitar los poderes regulatorios del Estado. La cláusula propuesta por el grupo de expertos sugirió: “Es de conocimiento que los Estados tienen el derecho a nacionalizar o expropiar los activos de las corporaciones transnacionales operando en su país, y que los Estados implicados pagarán una compensación *apropiada*”<sup>85</sup> (cursiva fuera del texto).

La cláusula formulada por el presidente, en 1985, sobre expropiación y compensación pareció omitir la referencia al derecho internacional. No obstante, ese vacío debía articularse con la cláusula general sobre el derecho internacional,

<sup>83</sup> Naciones Unidas, Report of the Commission on Transnational Corporations on its Special Session, E/C.10/1983/S/5, 2 de junio de 1983, 32.

<sup>84</sup> Naciones Unidas, Report of the Chairman, on Behalf of the Bureau, Pursuant to General Assembly Decision 39, E/C.10/1986/S/2, anexo I, 10.

<sup>85</sup> Naciones Unidas, Statement of Expert Advisers at the Reconvened Special Session of the Commission, 17 al 21 de junio de 1985, E/C.10/1986/S/2, anexo II, 14 (traducción libre).

incorporada en el Código, la cual fue discutida en el capítulo anterior.<sup>86</sup> En 1988, el presidente de la Comisión presentó una propuesta del agrado del grupo de expertos que asistieron al simposio de La Haya. Para ellos, la formulación de una cláusula con los estándares de compensación no era tan relevante. En su lugar, era mejor una fórmula general y flexible. Al considerar su reporte, existía un acuerdo alrededor de la observancia del derecho internacional/obligaciones internacionales.<sup>87</sup> En esta fórmula de 1988 se incluyó el estándar de una *adecuada compensación* y se hizo referencia explícita a los principios y normas legales aplicables, en conexión con la cláusula general de referencia al derecho internacional/obligaciones internacionales. Sin embargo, esta propuesta no satisfacía las expectativas de los Estados desarrollados a la luz del sesgo de debilidad a favor del inversionista. Para ellos, la falta de precisión en la redacción podría ser usada en beneficio de los Estados huéspedes de la inversión, más que de la corporación transnacional. La cláusula propuesta señaló: “Se reconoce que los Estados tienen el derecho a nacionalizar o expropiar los activos de una corporación transnacional operando en sus territorios, y que una adecuada compensación será pagada por el Estado implicado, de acuerdo con las normas legales y principios aplicables”.<sup>88</sup>

Finalmente, la anterior propuesta fue reproducida en el proyecto final presentado por el presidente de la Comisión en 1990,<sup>89</sup> pero sin obtener consenso. Para los Estados desarrollados fueron insuficientes las concesiones de los Estados en desarrollo en la cláusula general del derecho internacional y expropiación. Según sus posturas, el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero se debilitaría si no se garantizaba una referencia expresa al derecho internacional general y al estándar consuetudinario de compensación ligado a la Cláusula Hull. Para el momento de negociación del Código, el debilitamiento se traduciría en cesiones a favor de los Estados, cercenando las garantías para los inversionistas bajo el estándar mínimo internacional. Máxime, para ese momento la protección internacional del inversionista no había entrado en su mejor momento. Ante

<sup>86</sup> “En todas las materias relacionadas con el Código, los Estados deberán cumplir con buena fe sus obligaciones internacionales”. *Ibid.*, Naciones Unidas, Report of the Chairman on Behalf of the Bureau Pursuant to General Assembly Decision 39/443 to the Commission at its Reconvened Special Session, 17 al 21 de junio de 1985, anexo 1, 9 (traducción libre).

<sup>87</sup> Naciones Unidas, Report of the Hague Symposium on the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations, E/C.10/1990/5, anexo, 15 al 16 de septiembre de 1989, 31.

<sup>88</sup> Traducción libre.

<sup>89</sup> “55. Se reconoce que los Estados tienen el derecho a nacionalizar o expropiar los activos de una corporación transnacional operando en su territorio, y que una adecuada compensación será pagada por el Estado involucrado, en correspondencia con las normas legales y principios”. Naciones Unidas, Proposed Text of the Draft Code of Conduct on Transnational Corporations, E/1990/94, 12 de junio de 1990, anexo, 16 (traducción libre).

ese escenario, para los Estados desarrollados la vocación universalizante del derecho internacional era una herramienta para difundir un estándar mínimo de trato para las CTN. Esto, comparado con la evolución actual, no expandía el sesgo de debilidad a favor del inversionista, pero ante un momento de resistencia mantenía la vigencia de ese sesgo y le daba mayores alcances en la estructura normativa del derecho de inversión extranjera.

### **El estándar de expropiación a la luz de la jurisprudencia**

El estándar de expropiación encuentra altos parámetros para su configuración en las contiendas arbitrales; esto, más que una derrota para el sesgo de debilidad, en ocasiones se traduce en su fortalecimiento. En la práctica se discute la configuración de una medida expropiatoria, más que el estándar de compensación o la vinculación del derecho internacional a su regulación, como ocurrió con el Código de Conducta. El dilema jurídico no se concentra en el carácter consuetudinario del estándar o en los efectos de una remisión al derecho internacional/obligaciones internacionales. En general, la revisión internacional de los poderes regulatorios del Estado no es resistida, pero el disenso está en el alcance y el contenido del derecho internacional frente a tal revisión, máxime cuando no existe un traslado real de la propiedad del inversionista, sino una medida equivalente a una expropiación indirecta. Esto sugiere que el espectro de acción del sesgo de debilidad a favor del inversionista ha evolucionado, nutriéndose de otros elementos para garantizar su vigencia y poder.

Atrás quedó la iniciativa de los Estados en desarrollo de regular la expropiación en los confines del derecho doméstico o de solucionar las controversias por ese concepto bajo las cortes domésticas. El sesgo de debilidad logró incorporarse con imponencia en la estructura normativa del derecho de inversión, estabilizando la revisión internacional de los poderes regulatorios del Estado en temas de expropiación y cubriendo situaciones en las que la intención expropiatoria del Estado no es tan evidente. No obstante, el rol escudero del derecho internacional a favor del inversionista extranjero no supone la inexistencia de parámetros exigentes para la demostración de una medida expropiatoria. Para explorar lo anterior, el texto se apoya en los casos *Glamis Gold v. United States of America*, *Pope and Talbot v. Canada*, *Metalclad v. México* y *Tecmed v. México*.

En el caso *Glamis Gold* contra los Estados Unidos, el tribunal de arbitraje debía determinar si algunas medidas de protección ambiental y cultural tomadas por el estado de California en relación con la actividad minera desplegada por Glamis se ajustaban al TLCAN. El estado de California suspendió las actividades

de la empresa basado en el impacto cultural del proyecto sobre la comunidad indígena Quechan. La empresa canadiense demandó bajo el TLCAN la violación del estándar de trato justo y equitativo, así como una expropiación. Aquí, el dilema para el tribunal se centró en determinar si las tensiones entre el derecho de inversión extranjera y la protección al medio ambiente y derechos culturales debían ceder ante el sesgo de debilidad a favor del inversionista.

El tribunal reconoció el carácter consuetudinario del estándar de expropiación.<sup>90</sup> Se refirió a la expropiación indirecta invocada por el demandante e indicó que no envolvía la transferencia directa del título del inversionista al Estado receptor. Con esta afirmación afianzó el sesgo de debilidad, en el sentido de que los derechos del inversionista estarían protegidos ante acciones ocultas y directas del Estado. Así, señaló que una acción “equivalente a una expropiación” como una “expropiación indirecta” no debe ir más allá de una expropiación directa.<sup>91</sup> El tribunal agregó que varios tribunales guiados por el TLCAN han sostenido que la afectación de la propiedad debe corresponder a una “expropiación”: “La propiedad afectada debe ser perjudicada tanto y en la medida que debe ser similar a una ‘expropiación’”. Precisó, además, que el *test* definitorio de una expropiación debe demostrar una interferencia en la propiedad lo “suficientemente restrictiva [...] para apoyar una conclusión de que la propiedad ha sido expropiada del dueño”.<sup>92</sup> Para redondear su postura, señaló que el análisis del impacto económico de las medidas tomadas por el Estado debe revelar una privación radical del uso económico y del disfrute de la propiedad: “Debe primero ser determinado si el demandante fue radicalmente privado del uso económico y disfrute de sus inversiones, como si los derechos relacionados con las mismas [...] han cesado de existir”.<sup>93</sup>

Con fundamento en el marco anterior, el tribunal consideró que en el caso no existió una expropiación. Según su postura, las medidas adoptadas por el estado de California no disminuyeron radicalmente el proyecto ejecutado por el demandante.<sup>94</sup> De este modo, el demandante no probó que fue radicalmente privado del uso y disfrute económico de sus inversiones, como si los derechos relacionados hubiesen cesado de existir.<sup>95</sup> Aquí el tribunal adoptó altos estándares de responsabilidad estatal, marcando una distancia con el sesgo estruc-

<sup>90</sup> *Glamis Gold, Ltd. v. United States of America*, Award, 8 de junio de 2009, párr. 354.

<sup>91</sup> *Ibid.*, párr. 355.

<sup>92</sup> *Ibid.*, párr. 357 (traducción libre).

<sup>93</sup> *Ibid.* (traducción libre).

<sup>94</sup> *Ibid.*, párr. 366.

<sup>95</sup> *Ibid.*, párr. 357.

tural del derecho de inversión al preferir limitar el alcance de ese sesgo. Con ello atenuó la aparente debilidad del inversionista y fijó límites más difíciles de superar a fin de demostrar una violación de las cesiones regulatorias que los Estados hacen en beneficio de tal sujeto. Con esta decisión, privilegió las medidas que el Estado huésped adoptó para proteger el medio ambiente y los derechos culturales de la comunidad Quechan.

La postura del caso *Glamis* es similar a la asumida por el tribunal en el caso *Pope and Talbot v. Canada*, por una presunta violación del TLCAN, artículo 1110. Lo anterior significa que se orientó hacia la aplicación de una alta rigurosidad al estándar de expropiación. Con ello hizo más compleja la operación de la esfera de acción del sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero, dado que la demostración de la vulnerabilidad de este sujeto frente al poder regulatorio se dificulta mucho más, debido a la atenuación de su aparente debilidad. En este caso, el tribunal debía determinar si las restricciones que *Pope* sufrió para exportar madera a los Estados Unidos eran equivalentes a una expropiación. El tribunal indicó que el acceso de las inversiones al mercado estadounidense correspondía a intereses de propiedad protegidos bajo el artículo 1110. Indicado lo anterior, inició el estudio de una “expropiación progresiva o de otro tipo”, sin referirse de forma expresa a una expropiación indirecta. Sin embargo, esa falta de referencia no significó virajes sustanciales. El tribunal trajo a colación una definición de la misma, y aclaró que una expropiación progresiva podría darse con medidas regulatorias que actuaran como excepciones cubiertas creadoras de lagunas jurídicas, que se oponen a las protecciones a favor del derecho de propiedad.<sup>96</sup>

Pese a esa interpretación, el tribunal aplicó el análisis de expropiación y decidió negar las pretensiones del demandante. Para los árbitros fue claro que las medidas regulatorias adoptadas por Canadá no correspondían a una expropiación indirecta. Según el tribunal, el “grado de interferencia” con las operaciones de la inversión a causa del régimen de control de exportaciones no coincidía con el artículo 1110. Agregó, además, que el *test* debía arrojar una interferencia en la inversión lo suficientemente restrictiva para una expropiación. Con este fin, indicó que la inversión no fue nacionalizada o confiscada, y que tampoco

<sup>96</sup> “Adicionalmente, una expropiación progresiva podría ser conducida por la normatividad, y por una excepción cubierta para las medidas regulatorias, creando un vacío legal en las protecciones internacionales contra la expropiación. Por estas razones, el Tribunal rechaza el argumento de Canadá indicando que el régimen de Control de Exportaciones, como una medida regulatoria, está más allá del cubrimiento del Artículo 1110”. *Pope & Talbot, Inc. v. The Government of Canada*, Award, 10 de abril de 2001, párr. 99 (traducción libre).

el inversionista perdió el control de su inversión, pues la dirigía día a día y los empleados no fueron detenidos en virtud del régimen. El tribunal añadió al *test* de control el hecho que Canadá no supervisó el trabajo de los directivos, no interfirió en los procesos de ventas, o en la administración, o en las actividades de los accionistas, así como tampoco le impidió pagar los dividendos-utilidades a sus accionistas. Igualmente, Canadá no interfirió en la elección de los directores o administradores, y no tomó otras acciones, como expulsar al inversionista de la propiedad y del control sobre la inversión.<sup>97</sup> Para reforzar su postura, se apoyó en el Harvard Draft, a fin de indicar que el estándar de la interferencia le impide al propietario usar, disfrutar o disponer de la propiedad.<sup>98</sup>

Aun aceptando (para el propósito de este análisis) las denuncias del inversionista concernientes a la disminución de las ganancias, el Tribunal concluye que el grado de interferencia con las operaciones de la inversión debido al Régimen de Control de Exportaciones no configuraron una expropiación (progresiva o de otro tipo) en el significado del artículo 1110. Aunque puede en ocasiones ser incierto si una interferencia particular con las actividades del negocio equivale a una expropiación, el *test* prueba si la interferencia es lo suficientemente restrictiva para apoyar una conclusión que la propiedad ha sido “expropiada” del propietario. Entonces, el Harvard Draft define el estándar, requiriendo una interferencia que “justificaría una interferencia, en la que el propietario no podría usar, disfrutar, o disponer de la propiedad [...]”.

En el caso *Pope*, el sesgo de debilidad, reflejado en la estructura normativa del derecho de inversiones, encontró un camino más estrecho para su operación. El tribunal se distanció del sesgo estructural normativo de ese derecho alineado con la aparente debilidad del inversionista extranjero. De este modo, prefirió proteger la libertad impositiva del Estado huésped, que es cedida por este en el tratado a favor del tercero no parte. De hecho, la prueba de la violación del derecho de propiedad no se orientó hacia la aceptación de cualquier interferencia; se requirió una afectación de la propiedad lo suficientemente cualificada. En otras palabras, ante los parámetros de rigurosidad del estándar no se acepta cualquier acción en contra de los intereses del inversionista. Esto sugiere que la aparente debilidad del inversionista se protege ante acciones que desencadenen en una interferencia radical del derecho de propiedad. Así, en casos como el analizado, el rol de los árbitros es decisivo; el sesgo de debilidad se debilita

<sup>97</sup> *Ibid.*, párr. 100.

<sup>98</sup> *Ibid.*, párr. 102 (traducción libre).

porque la arquitectura normativa del derecho de inversión es contrarrestada con interpretaciones que favorecen la soberanía regulatoria.

El caso *Metalclad v. México* por una supuesta violación al TLCAN es un caso que recibe reparos<sup>99</sup> por los argumentos para declarar una expropiación y un trato injusto contra el inversionista. En este análisis, los estándares para determinar una violación al derecho internacional se flexibilizaron a favor del sesgo de debilidad. Con esta flexibilización, la aparente debilidad del inversionista encontró una mayor protección bajo el derecho internacional, lo que hizo más difícil para el Estado huésped la prueba de la licitud de las medidas adoptadas. En la práctica, el tribunal estudió las facultades regulatorias del Estado, y se alineó con el poder de ese sesgo en niveles de exigencia inferiores a lo requerido en los casos *Pope* y *Cemsa*. El tribunal debía determinar si la negativa del ente municipal de negar a *Metalclad* la licencia de construcción para un confinamiento de residuos peligrosos después de su aprobación y respaldo por el ente federal equivalía a una medida expropiatoria, y a un trato injusto e inequitativo. Esto aunado al hecho que la construcción ya se encontraba en curso. El tribunal indicó que al lado de la expropiación directa está la que corresponde a “una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor”.<sup>100</sup> Para el tribunal, la negativa del permiso de un ente estatal después de diversas señales que daban carta blanca para su operación, equivalía a una expropiación:

104. Al permitir o tolerar la conducta de Guadalcázar en relación con *Metalclad*, que el Tribunal ya sostuvo que equivale a un trato injusto e inequitativo violando el artículo 1105, y por lo tanto, participando en o admitiendo la denegación del derecho de *Metalclad* para operar el confinamiento, sin importar el hecho de que el proyecto había sido completamente aprobado y respaldado por el gobierno federal, tiene que interpretarse en el sentido de que México adoptó una medida equivalente a una expropiación, violando así el artículo 1110(1) del TLCAN.<sup>101</sup>

Asimismo, para el tribunal la expedición de un decreto con el que se creaba una reserva ecológica en el sitio del confinamiento constituía una expropiación.

<sup>99</sup> Véase nota al pie 86.

<sup>100</sup> *Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos*, Laudo, ARB (AF)/97/1, 30 de agosto de 2000, párr. 102.

<sup>101</sup> *Ibid.*

Agregó, además, que el decreto podría por sí mismo corresponder a una medida expropiatoria:

Aunque no es estrictamente necesario para su conclusión, el Tribunal considera el Decreto Ecológico dictado por el Gobernador de SLP el 20 de septiembre de 1997 como un fundamento más para su decisión respecto a la expropiación. El Decreto cubre un área de 188 758 hectáreas dentro de “Real de Guadalcázar”, lo que incluye el lugar del confinamiento, y crea ahí una reserva ecológica. Este Decreto tuvo como efecto impedir para siempre la operación del confinamiento.<sup>102</sup>

[...]

El Tribunal no necesita considerar los motivos o la intención para la adopción del Decreto Ecológico. De hecho, determinar una expropiación basándose en el Decreto Ecológico no es esencial para que el Tribunal considere que se ha violado el artículo 1110 del TLCAN. Sin embargo, el Tribunal considera que la implementación del Decreto Ecológico podría, por sí y en sí misma, constituir un acto equivalente a una expropiación.<sup>103</sup>

En el caso *Metalclad*, la escasez de un análisis medurado del estándar de expropiación para definir sus parámetros de configuración, así como la aplicación de un análisis casi objetivo a las medidas adoptadas por el Estado, impactan el sesgo de debilidad. En este caso, el tribunal usó un margen de análisis que flexibilizó de manera desmedida el estándar, facilitando la expansión del radio de acción de ese sesgo. De hecho, el caso muestra cómo los árbitros se identifican con el sesgo estructural del derecho de inversión bajo parámetros que evidencian el alto precio que asumen los Estados por ceder su soberanía regulatoria a favor del inversionista extranjero. Los árbitros no se enfocaron en elaborar con detalle el contenido del estándar de expropiación indirecta, y en analizar las motivaciones que antecedieron la medida expropiatoria bajo el derecho internacional. Se inclinaron, más bien, hacia el fortalecimiento de la apariencia de debilidad del inversionista mediante los alcances normativos dados al sesgo estructural del derecho de inversión, a la luz de la soberanía regulatoria. Con los bajos estándares usados para determinar la responsabilidad de los Estados, la libertad regulatoria de estos se constriñe con mayores dimensiones en beneficio del inversionista.

<sup>102</sup> *Ibid.*, párr. 109.

<sup>103</sup> *Ibid.*, párr. 111.

Finalmente, el arbitraje de la empresa española *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A v. Estados Unidos Mexicanos*, en contraste con el caso *Metalclad*, refleja los altos estándares internacionales que pueden usarse para eximir a un Estado de responsabilidad internacional ante una acción expropiatoria. Este escenario de análisis, con sus altos márgenes, amplía el espectro de acción del sesgo de debilidad, pero con parámetros mucho más sólidos. Este caso denota la situación privilegiada en la que se encuentra el inversionista, pues el Estado encuentra mayores obstáculos para justificar en el derecho internacional la pertinencia de las medidas y motivaciones adoptadas en el marco de su derecho interno. Luego, el sesgo de debilidad a favor del inversionista resiste la aplicación de altos estándares para mantenerse vigente. En el caso *Tecmed*, la decisión indica que el afianzamiento del sesgo de debilidad no se condiciona a una flexibilización desmedida de los parámetros de interpretación del estándar de inversión.

*Tecmed* adquirió por adjudicación un confinamiento de desechos industriales peligrosos, Cytrar. El funcionamiento del confinamiento se estableció en el lugar dispuesto por las autoridades públicas, con todas las autorizaciones bajo el derecho interno. Con posterioridad a su funcionamiento, el ente encargado de renovar la autorización se rehusó a hacerlo. *Tecmed* demandó la configuración de una expropiación indirecta. Argumentó que la negativa de renovar la autorización se tradujo en la imposibilidad permanente de continuar con el funcionamiento del confinamiento, lo que conllevó a la pérdida total de su inversión, al no usarla y disponer de sus utilidades económicas.

El tribunal estableció los parámetros para la configuración de una medida expropiatoria, con fundamento en las medidas expropiatorias indirectas en la modalidad de facto. Indicó que debía empezar por determinar si la resolución demandada privó al demandante “de manera radical, de la utilidad económica de su inversión, como si los derechos reales o goce de los beneficios asociados al confinamiento [...] hubiesen cesado”. Asimismo, el tribunal debía estudiar “si los bienes en cuestión han perdido valor o utilidad para quien se beneficia de los mismos, y en qué medida”.<sup>104</sup> De acuerdo con el tribunal, este análisis distingue entre el ejercicio regulatorio del Estado bajo sus poderes de policía, y aquel que conduce a una expropiación indirecta en su modalidad de facto, que es “irreversible y de carácter permanente”, con una afectación de los bienes o derechos de forma tal que “[...] toda manera de explotarlos [...]” ha desaparecido. Esto supone que “el valor económico de la utilización, goce o disposición de los bienes o

<sup>104</sup> *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. Estados Unidos Mexicanos*, Laudo, ARB (AF)/00/2, 29 de mayo de 2003, párr. 115.

derechos afectados por el acto o decisión administrativa ha sido neutralizado o destruido”.<sup>105</sup>

Si se considera lo anterior, para el tribunal la resolución fue expropiatoria. No obstante, quiso mirar si sus motivaciones y no solo los efectos correspondían a un acto expropiatorio a la luz del derecho internacional, concretamente del artículo 5 (1) del acuerdo entre España y México.<sup>106</sup> Señaló que la licitud de las actuaciones del Estado en derecho interno no supone que coincidan en el derecho internacional. En este aspecto, el tribunal debía determinar si las medidas, con las motivaciones adoptadas por el Estado mexicano, eran razonables, considerando: 1) el fin perseguido; 2) el impacto económico causado al inversionista, y 3) las expectativas legítimas del demandante.<sup>107</sup> Con este *test*, el tribunal reforzó el sesgo de debilidad a favor del inversionista y le confirió una rigurosidad beneficiosa a su radio de acción. En primer lugar, el tribunal no se limitó a verificar la configuración de una expropiación indirecta, análisis que en sí mismo es una muestra de la protección internacional que tiene el inversionista en correspondencia con su sesgo de debilidad. En segundo lugar, el tribunal agregó a ese análisis el *test* de razonabilidad. Con ello, como se verá, los árbitros reflejan que el sesgo de debilidad acepta la aplicación de márgenes de escrutinio rigurosos, a la luz de las medidas adoptadas por el Estado. De este modo, la vigencia y alcance del sesgo de debilidad no se condiciona a la flexibilización que haga el intérprete.

Con esta resolución, el tribunal verificó si la negativa a renovar la autorización se explicaban por el impacto al medio ambiente y a la salud pública, atribuidos al confinamiento y a la necesidad de su reubicación. Asimismo, constató si las presiones sociales para la reubicación del confinamiento eran tan significativas como para justificar la decisión de la administración.<sup>108</sup> Para el tribunal, la decisión de reubicar el confinamiento fue una normatividad que surgió con posterioridad al funcionamiento del confinamiento, la cual no cobijaba la autorización inicial, aunque Cytrar se dispuso a cumplir con ella siempre que se conservara su derecho al funcionamiento mientras se producía.

Del mismo modo, para el tribunal no se comprobó que las actividades del confinamiento impactaran el medio ambiente y la salud pública.<sup>109</sup> Para este

<sup>105</sup> *Ibid.*, párr. 116.

<sup>106</sup> *Ibid.*, párr. 118.

<sup>107</sup> *Ibid.*, párr. 112.

<sup>108</sup> *Ibid.*, párr. 125.

<sup>109</sup> *Ibid.*, párr. 129.

era claro que hubo sanciones a Cytrar por violar cierta normatividad relativa al tratamiento de desechos, pero nunca existió tal nivel de incumplimiento de la normatividad que pusiera en peligro considerable el medio ambiente o la salud pública. Además, las sanciones impuestas no afectaban el régimen normativo de la autorización inicial dada al confinamiento.<sup>110</sup> En cuanto a las presiones sociales por la ubicación del confinamiento, para el tribunal estas tampoco justificaron la negativa a renovar la autorización, pues no fueron de tal dimensión “como para causar una grave situación de emergencia, crisis social o conmoción pública”.<sup>111</sup> Según los árbitros, para la administración, lo relevante al emitir su resolución fue la oposición a la ubicación del confinamiento. Pero este aspecto era atribuible a quien emitió la autorización para su funcionamiento, más no a Cytrar.<sup>112</sup> Finalmente, para el Tribunal, Tecmed realizó una inversión en el confinamiento con una proyección a larga escala y no temporal como lo adujo el Estado. Máxime por el interés que mostró en iniciar todos los trámites necesarios para reubicar su proyecto.<sup>113</sup>

El caso *Tecmed*, en contraste con el caso *Metalclad*, muestra el mesurado análisis que hace el tribunal de las medidas y motivaciones expuestas por el Estado a la luz del derecho internacional. Estos altos estándares favorecen el sesgo de debilidad y privilegian la defensa de los intereses del inversionista. Así, el sesgo puede superponerse ante un análisis de la responsabilidad internacional del Estado con considerable exigencia, en el cual no cualquier medida que en principio afecte los derechos del inversionista configura una violación al derecho internacional. Esto supone que el sesgo de debilidad no se ha enfocado en mantener al inversionista extranjero únicamente resguardado de obligaciones internacionales. En este sentido, los altos estándares que se aplican a los Estados les exigen más rigurosidad en la adopción de sus decisiones, para efectos de superar el *test* de control.

#### CONCLUSIONES

La labor interpretativa de los aplicadores ha fortalecido el sesgo de debilidad a favor del inversionista. El estándar de trato justo y equitativo en las contiendas arbitrales adquiere dimensiones distintas, quizá no advertidas por los Estados en desarrollo en la negociación del Código. El radio de protección del inversionista se fortalece cuando el estándar consuetudinario es analizado bajo una

<sup>110</sup> *Ibid.*, párr. 134.

<sup>111</sup> *Ibid.*, párr. 133.

<sup>112</sup> *Ibid.*, párr. 131-132.

<sup>113</sup> *Ibid.*, párr. 150.

postura progresista o cuando es analizado bajo su carácter autónomo. Este es su mejor escenario porque los árbitros se inclinan hacia la interpretación del estándar sin ataduras, haciendo más difícil que el Estado evite un fallo a favor del inversionista extranjero.

Del mismo modo, el estándar de expropiación ha fortalecido su rango de acción en beneficio del inversionista extranjero. El carácter consuetudinario del estándar o la remisión al derecho internacional como límite al poder regulatorio no se cuestionan. La contienda arbitral se liga con el alcance y contenido del derecho internacional como paraguas de protección para el inversionista en la expropiación directa e indirecta. Sin embargo, en ocasiones, los árbitros se distancian del sesgo estructural del derecho de inversión, ello le reduce al sesgo de debilidad su marco de acción. Con ello la vulnerabilidad del inversionista se materializa con medidas expropiatorias lo suficientemente restrictivas frente a la inversión. Para afirmar que la propiedad ha sido tomada, las medidas deben ser permanentes, irreversibles, impidiéndole al inversionista usar o disponer de su inversión, al punto que las medidas exigen declarar la inviabilidad económica de su inversión. En otros casos, los árbitros establecen parámetros de análisis de alta rigurosidad, confiriéndole mayor solidez al poder desplegado por el sesgo de debilidad. En estos eventos, el sesgo de debilidad acepta la aplicación de escrutinios exigentes para demostrar la violación al derecho internacional por parte del Estado huésped. Con ello se denota que la protección internacional del inversionista, atada a su aparente debilidad, logra superponerse a la soberanía regulatoria, sin necesidad de flexibilizaciones interpretativas en su beneficio.

La jurisprudencia sugiere que el uso dado al derecho internacional ha afianzado la identidad jurídica del inversionista alrededor de su aparente debilidad. El arbitraje de inversión extranjera directa refleja el poder de condicionamiento que ejerce el sesgo sobre distintos actores. La atención de los Estados y operadores jurídicos se concentra en definir el alcance de los derechos para el inversionista extranjero, más que su responsabilidad internacional. Ello denota que la voluntad regulatoria de los Estados los ha mantenido privilegiados, y la de los operadores jurídicos ha estado subordinada al sesgo estructural del derecho de inversión extranjera, como consecuencia de la soberanía regulatoria de los Estados.

## LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LAS CTN DESDE EL SESGO DE DEBILIDAD A FAVOR DEL INVERSIONISTA EXTRANJERO

### INTRODUCCIÓN

Una pregunta de interés para la sociedad consiste en cómo controlar desde el derecho internacional el impacto de sujetos no estatales poderosos, como las CTN, en el disfrute y ejercicio de los derechos humanos. La exploración de esa pregunta coincide con la incapacidad del derecho internacional para adecuarse a las transformaciones sufridas a causa de estos y la inserción de otros actores. La mayoría de las explicaciones a esa negativa del derecho internacional recurren a su carácter rígido, influenciado por la estructura clásica interestatal, que liga los avances a la concentración de poder de sus principales actores.

En consideración a lo anterior, este capítulo tiene dos finalidades. Por un lado, explora los límites del derecho internacional clásico respecto a la responsabilidad internacional de las CTN. Ello permite presentar con más detalle la problemática de la responsabilidad internacional sobre este sujeto, y a su vez justificar la incorporación y contribución del sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero en el debate de la responsabilidad internacional de las corporaciones transnacionales.

Por otro lado, este capítulo explora esos límites a la responsabilidad internacional de las CTN a la luz de las cinco lecturas clásicas sobre la responsabilidad internacional de esos sujetos corporativos. El sesgo de debilidad no es analizado como una institución del derecho internacional con vida propia, tal como ocurre con el hecho ilícito internacional. La función del sesgo consiste en explicar los límites a la responsabilidad internacional de las corporaciones desde otro ángulo, pero ello no significa que desconozca el carácter interestatal del derecho internacional. El sesgo de debilidad incorpora al debate de la responsabilidad lados del prisma que no son explorados, lo que permite la construcción de puentes para entender el funcionamiento de áreas en principio desarticuladas. En este sentido, el sesgo de debilidad afianza la negación de tal responsabilidad expuesta por las cinco lecturas y se nutre de ellas para fortalecerse. Con este estudio se subraya que el análisis de la responsabilidad internacional de las

CTN debe incluir el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero. De su ruptura depende el éxito en el giro regulatorio sobre este sujeto, un giro que sea inclusivo de obligaciones internacionales con una consecuente responsabilidad internacional.

Las cinco lecturas consisten en: a) la personalidad jurídica internacional; b) el hecho ilícito internacional; c) la responsabilidad social corporativa; d) los mecanismos de responsabilidad local, como el estadounidense bajo la Alien Tort Claims Act, y e) la determinación de las obligaciones internacionales de las CTN.

#### LA VISIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL CLÁSICO FRENTE A LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LAS CTN

Debido a los impactos negativos de las CTN se ha indagado en su responsabilidad internacional, con el fin de controlar sus efectos adversos a la luz de su poder económico transnacional, buscando un equilibrio entre el ejercicio de sus actividades y sus efectos. Esta indagación ha sido explorada a partir de la estructura clásica del derecho internacional, con estas cinco lecturas ya mencionadas: a) la personalidad jurídica internacional; b) el hecho ilícito internacional; c) la responsabilidad social corporativa; d) los mecanismos de responsabilidad local, como el estadounidense bajo la Alien Tort Claims Act, y e) la determinación de sus obligaciones internacionales. Estas lecturas, guiadas por la problemática de la responsabilidad internacional de las CTN, coinciden en su negación. Aunque los argumentos expuestos por cada una son coherentes al explicar la ausencia de tal responsabilidad, son insuficientes para explicar las causas subyacentes a la misma. De allí la incorporación del sesgo de debilidad a favor del inversionista en la problemática de la responsabilidad internacional de las corporaciones transnacionales.

En general, la visión clásica del derecho internacional explica la responsabilidad internacional de las CTN, justificando la inexistencia de la misma. Las aproximaciones aducen el interés de los Estados en conservar la estructura interestatal del sistema internacional, al privilegiar las soluciones domésticas y la conservación de las lagunas internacionales. En esta medida, la esfera de acción internacional de un actor no estatal es limitada por los intereses, necesidades o ventajas que los Estados satisfacen o consiguen mediante ellos. Entre estos se encuentran: las expectativas de crecimiento económico, la oferta laboral, la inyección de tecnología de punta y la inserción competitiva en el proceso de globalización. Primando en la selección de lo que se considera a favor o en contra de ese sujeto, la concentración de poder en cabeza de los Estados.

Bajo la concepción del derecho internacional clásico, los sujetos no estatales son asumidos como *actores diferentes*, ya que tal mirada está anclada a la soberanía como un atributo exclusivo de los Estados. En el caso de las CTN, en el escenario menos riesgoso para los Estados, estas maximizan intereses de contenido particular con beneficios para estos a lo largo de su consecución. En consecuencia, las asimetrías sobre atributos soberanos e intereses perseguidos entre los Estados y las corporaciones transnacionales ubican a los Estados por encima de cualquier actor privado, incluso si despliega poderes económicos transnacionales, toda vez que los fines y propósitos que legitiman las acciones estatales no son asimilables. En razón de ello, resulta excesivo el reconocimiento y la exigibilidad de obligaciones internacionales a un sujeto que solo persigue intereses en beneficio propio. Entonces, tendrá algunos atributos de rango internacional, como la personalidad internacional para iniciar un arbitraje de inversión extranjera y defender sus derechos.

En un escenario más complejo para los Estados, ellos instrumentalizan a las CTN para conseguir crecimiento económico y competitividad interestatal. Pero, al tiempo, las compañías multinacionales constituyen una amenaza a la concentración de poder que ellos quieren mantener,<sup>1</sup> pese al carácter excluyente de la soberanía y a sus atribuciones, precisamente por el tipo de poder desplegado por ese sujeto corporativo. Esta doble identificación del poder de las CTN apoya su reconocimiento como sujetos “diferentes” y afianza la exclusión de un estatus expansivo en el derecho internacional en términos de su responsabilidad internacional. De hecho, crearles tal responsabilidad, sumado a sus poderes económicos con incidencia en el espacio doméstico y transnacional, son motivos para reclamar roles más protagónicos en la esfera internacional, que en caso de ser concedidos contribuirían con el crecimiento de su poder.

En este sentido, es preferible limitarles espacios internacionales a las CTN, pues el traslado o el uso de ciertas instituciones propias de los Estados crearía desequilibrios en el derecho internacional, tal como ocurriría con el proceso de *law making* del derecho internacional, o de atribución de responsabilidad. Del mismo modo, la expansión de su participación internacional se traduciría en un fortalecimiento de su poder, si la regulación internacional es débil o el sistema de exigibilidad es inapropiado.<sup>2</sup> Asimismo, las facultades en sede internacional

<sup>1</sup> Fleur Johns, “The Invisibility of the Transnational Corporation: An Analysis of International Law and Legal Theory”. *Melbourne University Law Review* 19 (1993-1994): 912.

<sup>2</sup> Charney, citado en Emeka Duruigbo, “Corporate Accountability and Liability for International Human Rights Abuses: Recent Changes and Recurring Challenges”. *Northwestern Journal of International Human Rights* 6, n.º 2 (2007-2008): 252.

para un actor privado se limitan porque su creación no depende necesariamente de la voluntad del Estado. En consecuencia, los Estados, bajo la visión realista del derecho internacional, racionalizan las atribuciones conferidas a sujetos que no controlan desde su creación.<sup>3</sup>

Frente a tal panorama, que obstaculiza la responsabilidad internacional de las CTN, el derecho internacional clásico privilegia los mecanismos locales. El temor de los Estados de expandirles a las corporaciones transnacionales su estatus se acompaña del crecimiento de lagunas legales. El marco internacional se muestra incapaz de responder a la dinámica, complejidad y expansión de las CTN.<sup>4</sup> Ante ello, el derecho local es la mejor alternativa para afianzar el carácter limitado de su personalidad internacional, y en consecuencia la inexistencia de su responsabilidad internacional. Los sistemas locales, al igual que el internacional, enfrentan dificultades para controlar en su territorio las actividades transnacionales de una empresa sin un centro único de toma de decisiones. No obstante, los mecanismos locales son una solución idónea para los Estados porque: a) conservan la estructura interestatal del sistema; b) son la solución menos costosa frente a las transformaciones institucionales que sufriría el derecho internacional; c) los Estados individualmente deciden la medida de la responsabilidad de las CTN, y d) los mecanismos locales se conservan como una instancia “palpable” para controlar a esos sujetos corporativos.

El marco expuesto explica los límites a la responsabilidad internacional de las CTN desde el carácter interestatal del derecho internacional. A partir de esa mirada, la compañía multinacional es una amenaza frente a la posición dominante que los Estados quieren mantener, o es un sujeto diferente con intereses particulares no asimilables a los fines y propósitos perseguidos por los Estados. Con cualquiera de las dos aproximaciones, los Estados justifican el estatus limitado de ese sujeto en términos de su responsabilidad internacional. Al mismo tiempo, conservan la solidez de instituciones internacionales como el hecho ilícito internacional o los límites de la personalidad jurídica internacional.

<sup>3</sup> John Mearsheimer, “The False Promise of International Institutions”. *International Security* 19, n.º 3 (1994-1995): 9; Andreas Hasenclever, Peter Mayer y Volker Rittberger, *Theories of International Regimes* (Reino Unido: Cambridge University Press, 1997), 23-29.

<sup>4</sup> Johns, “The Invisibility of the Transnational Corporation”, 900.

EL SESGO DE DEBILIDAD A FAVOR DEL INVERSIONISTA EXTRANJERO  
EN EL DEBATE DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LAS CTN

La aproximación del derecho internacional clásico a la responsabilidad internacional de las CTN no es suficiente para explicar la negativa de los Estados al respecto, pese a su coherencia. Los Estados no siempre están en una posición defensiva, o asumen a la corporación transnacional como una amenaza, la cual requiere limitar el estatus de ese sujeto corporativo porque no tiene los mismos propósitos o fines estatales. Hay escenarios como el derecho de la inversión extranjera en los que la solidez de la mirada clásica flaquea. Esa visión, sustentada en la concentración de poder, no empalma con la dinámica regulatoria de los Estados frente al inversionista extranjero; ello no ocurre porque se asuma que esa dinámica no obedece a la soberanía regulatoria de los Estados. A diferencia de lo que podría ocurrir con una mirada exclusivamente clásica, aquí se incorpora el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero, inscrito en el derecho internacional de inversión.

Este derecho retrata al inversionista como débil e incapaz de resistir el poder regulatorio del Estado, indistintamente de si ello corresponde a su realidad, limitando la posibilidad de ser visto como una amenaza frente al interés de los Estados de ejercer su soberanía. El sesgo de debilidad que adopta el derecho de inversión presume la necesidad de protección de las CTN. Por ello constriñe la capacidad regulatoria de los Estados y dispone la creación de derechos con exclusión de obligaciones internacionales para el inversionista extranjero. Desde el sesgo de debilidad, el estatus privilegiado del inversionista extranjero se vincula con su aparente debilidad. Con ello, el sentido regulatorio que los Estados asumen frente a un tercero no parte del tratado, esto es, el inversionista extranjero, adquiere sentido. Así, los Estados influenciados por ese sesgo de debilidad le confieren al inversionista una personalidad jurídica estratégicamente limitada, con la que pueden demandar a un Estado directamente ante cortes internacionales, pero ellos no pueden ser objeto de demandas. Esto se suma a la posibilidad de exigir esos derechos mediante un sistema de adjudicación diseñado bajo facultades excepcionales, que supera los sistemas regionales de derechos humanos, como el interamericano o el europeo.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> Entre las diferencias que existen entre el sistema de adjudicación de inversión extranjera y de derechos humanos se pueden encontrar:

1. El inversionista no siempre está obligado a agotar los recursos internos. En materia de responsabilidad internacional por violación a los derechos humanos, los demandantes deben demostrar el cumplimiento de este principio de derecho internacional consuetudinario.

El sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero se refleja en el universo de acuerdos internacionales sobre la materia, en especial en los tratados bilaterales de inversión, mas ello no limita su capacidad de operación en esa área. El poder de la aparente debilidad del inversionista puede rastrearse en diferentes escenarios, por ello la pertinencia de estudiar el rol del sesgo de debilidad con las lecturas clásicas a la responsabilidad internacional.

#### LAS LECTURAS CLÁSICAS A LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LAS CTN DESDE EL SESGO DE DEBILIDAD

El sesgo de debilidad carece de autonomía en el derecho internacional, pero sus prescripciones pueden ser rastreadas en el derecho de la inversión extranjera y en las cinco lecturas que se presentarán. El sesgo de debilidad puede alinearse con cada una, lo que hace más poderosas las justificaciones para su negativa a una responsabilidad internacional de las corporaciones transnacionales. Asimismo, ese sesgo se nutre de cada una, toda vez que el sesgo puede coincidir o incorporarse en cada una de ellas a fin de ejercer su poder.

### **La lectura desde la personalidad jurídica internacional**

#### *La responsabilidad internacional de las CTN desde la personalidad jurídica*

El debate de la personalidad internacional trazado por el derecho internacional clásico explora la pertinencia de la misma, y su origen, alcance y contenido a la luz de sujetos no estatales. Ello supone que la responsabilidad internacional para las CTN, analizada con la personalidad jurídica, se enmarca en la medición de riesgos y ventajas frente a los derechos y obligaciones internacionales que los Estados les confieren a sujetos diferentes a ellos.

- 
2. Los inversionistas, en virtud del estatus limitado internacional que adquieren, pueden demandar directamente al Estado receptor. En el caso de las violaciones a los derechos humanos, no siempre funciona así. En sistemas como el interamericano, el demandante debe primero acudir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ente que evalúa la pertinencia de la denuncia presentada para efectos de ser presentada ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
  3. El sistema de exigibilidad en los arbitrajes de inversión le ofrece varias alternativas al inversionista para hacer efectivos los perjuicios o condenas. Puede demandar el pago en alguna de las cortes domésticas de los Estados parte del tratado de inversión, siempre que tenga activos, en caso de que el Estado no ofrezca una fórmula de pago, o puede demandar el pago ante las cortes domésticas de los Estados parte del Ciadi o de la Convención de Nueva York en el evento que el respectivo tratado consagre tal posibilidad. Esto no ocurre en las condenas internacionales por violación a los derechos humanos, las víctimas solo pueden reclamar el pago de la indemnización en el Estado del cual son parte y fue condenado.

Además, los inversionistas pueden demandar directamente por daños; ello no ocurre en sistemas como el europeo de derechos humanos, allí, eventualmente, la corte declara perjuicios. Van Harten y Loughlin, "Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law", 133-134.

La personalidad jurídica como presupuesto de la capacidad de un sujeto para adquirir derechos y obligaciones no goza de una aproximación unánime en cuanto a la titularidad y alcance frente a actores no estatales. Hay quienes como Bentham,<sup>6</sup> Oppenheim<sup>7</sup> y Fleur<sup>8</sup> han sentado distancia sobre la personalidad internacional de sujetos distintos de los Estados, manteniendo una visión realista influenciada por la subjetividad estatal.<sup>9</sup> Estos pensadores ubican al Estado como el principal sujeto del derecho internacional, y a su voluntad soberana como la impulsora de los avances en tal escenario. Esa exclusividad de los sujetos internacionales encontró cuestionamientos desde el imperialismo y el colonialismo, y aún más con el desarrollo del positivismo moderado en el siglo XX. Para este período, la renuncia de la subjetividad internacional en cabeza de los Estados contribuyó a la inserción en el derecho internacional de actores no estatales con alguna medida de personalidad, como las organizaciones internacionales o las CTN.

En cuanto a las organizaciones internacionales, la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las reparaciones por daños sufridos por un agente en 1949, es el pronunciamiento clásico alrededor de la inclusión de actores no estatales en el escenario internacional. El pronunciamiento surgió por solicitud de la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuando indagó en la capacidad de las Naciones Unidas como organización para demandar internacionalmente a un gobierno por los daños sufridos.<sup>10</sup> La Corte determinó que las Naciones Unidas es una persona internacional titular de derechos y de obligaciones. Por ende, está facultada para demandar internacionalmente a un Estado miembro o no de la organización por violar las obligaciones internacionales

<sup>6</sup> Para positivistas como Bentham, el derecho internacional, asimilado al derecho de las naciones, comprende exclusivamente los derechos y obligaciones de los Estados en exclusión de los derechos y obligaciones de los individuos. M. W. Janis, "Jeremy Bentham and the Fashioning of 'International Law'". *American Journal of International Law* 78 (1984): 408-409.

<sup>7</sup> Oppenheim fue otro positivista, y sostuvo: "Desde que el Derecho de las Naciones es basado en el común consentimiento de los Estados, y no de los seres humanos, los Estados, única y exclusivamente, son los sujetos de Derecho Internacional". Oppenheim, citado en James Crawford, *The Creation of the States in International Law*, 2ª ed. (Nueva York: Oxford Press University, 2006), 15 (traducción libre).

<sup>8</sup> Fleur Johns indica que las CTN son sujetos con la nacionalidad de un Estado más que Estados independientes; de allí que las CTN no son ni sujetos ni cuasusujetos de derecho internacional. Pese a ello, Johns reconoce que son objetos de regulación por parte del derecho internacional. Johns, "The Invisibility of the Transnational Corporation", 897.

<sup>9</sup> Lauren Groth, "Transforming Accountability: A Proposal for Reconsidering How Human Rights Obligations are Applied to Private Military Security Firms". *Hastings International and Comparative Law Review* 35, n.º 29 (2012): 7.

<sup>10</sup> La Corte debía resolver la siguiente cuestión presentada por la Asamblea General de las Naciones Unidas: "En el caso de que un agente de la ONU sufra en el ejercicio de sus funciones un daño en circunstancias que implican la responsabilidad internacional de un Estado, ¿tiene capacidad las Naciones Unidas, como Organización, para presentar una reclamación internacional contra el gobierno de *iure* o *de facto* responsable, con el fin de obtener la reparación de los daños causados: a) a las Naciones Unidas; b) a la víctima o a sus causahabientes?".

adquiridas con ella. La Corte agregó que los sujetos de un sistema legal no son idénticos en su naturaleza o en la extensión de sus derechos, y que la extensión de sus capacidades depende de las necesidades de la sociedad. Asimismo, indicó que la evolución del derecho internacional y de las relaciones entre Estados creó entidades distintas de ellos, como las Naciones Unidas, que necesita de una personalidad internacional para cumplir con sus fines y principios, sin asumir un carácter de supra Estado, pues no tiene las mismas facultades de estos.<sup>11</sup>

Del lado de las CTN, el consentimiento de los Estados a la personalidad jurídica limitada de estos actores tiene diferentes manifestaciones, con antecedentes siglos atrás. Desde el siglo XVII, los Estados nación europeos les confrieron atribuciones públicas a ciertas corporaciones, para controlar territorios no europeos.<sup>12</sup> La solución de diferencias entre inversionistas extranjeros y Estados ligadas a contratos estatales se hizo con recurso al derecho internacional, desplazando la aplicación del derecho doméstico del Estado receptor, lo que conllevó la “internacionalización” de los contratos.<sup>13</sup> Del mismo modo, las CTN ganaron protagonismo en las Naciones Unidas con la Resolución 1803 de 1962 sobre el reconocimiento de la soberanía de los Estados sobre los recursos naturales, el Nuevo Orden Económico Internacional, la Carta de Derechos y Deberes de los Estados y el Código de Conducta de las Naciones Unidas para las CTN. Este protagonismo se ancló a la negociación de estándares de tratamiento a su favor, entre ellos la compensación por expropiación y la solución de diferencias por fuera de la jurisdicción doméstica. Finalmente, la personalidad internacional de las corporaciones transnacionales se reconoce en los más de 2400 tratados bilaterales de inversión extranjera, que facultan a los inversionistas extranjeros para iniciar un arbitraje internacional.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> Corte Internacional de Justicia, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, 11 de abril de 1949, 8-10 y 15.

<sup>12</sup> Compañías privadas como la British East India Company y la Dutch East India Company fueron facultadas para ejercer atribuciones de poder público; se encargaban de mantener el control comercial sobre ciertas zonas bajo el dominio de Estados europeos, regulaban el intercambio de monedas, decidían hacer la paz o la guerra, y firmaron tratados. Por tanto, adquirían alguna medida de personalidad legal para caracterizarlas como una extensión de la corona, por virtud del Royal Charter. Por el exceso de poderes conferidos a estas empresas, el Reino Unido decidió recuperar el control directo sobre las colonias manejadas por las compañías a finales del siglo XIX. Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, 69. Véase también: Phillip Jessup, “The Subjects of a Modern Law of Nations”. *Michigan Law Review* 45 (1946-1947): 389.

<sup>13</sup> Amr Shalakany, “Arbitration and the Third World: A Plea for Reassessing Bias under the Specter of Neoliberalism”. *Harvard International Law Journal* 41, n.º 2 (2000): 444; Lord McNair, Q. C., “The General Principles of Law recognized by Civilized Nations”. *British Year Book of International Law* 33 (1957): 13; Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, 227-231.

<sup>14</sup> En uno de sus informes, UNCTAD indica que para 2005 existían 2495 TBI. UNCTAD, “Developments in International Investment Agreements in 2005”. *International Investment Agreements Monitor* n.º 2 (2006): 2.

Pese a lo indicado, hay académicos esquivos de la personalidad jurídica internacional de las CTN. Crawford reconoce el estatus de ciertos sujetos no estatales, pero tiene reservas sobre esos sujetos corporativos.<sup>15</sup> En una línea similar, Álvarez niega el reconocimiento de la personalidad para las corporaciones transnacionales, debido a las inequidades entre las facultades de estas y las de los sujetos naturales.<sup>16</sup> Estas discrepancias frente al reconocimiento de un atributo internacional para un sujeto no estatal se sustentan en mantener la concentración de poder en los Estados. Desde la óptica del derecho internacional clásico, el derecho internacional es creado por y para sujetos soberanos. De allí que los Estados posean facultades exclusivas y excluyentes. Por tal razón, la medida del estatus internacional de un sujeto no estatal se liga estratégicamente a los beneficios y riesgos para los Estados.

Si se considera el cálculo de ventajas y desventajas aplicado por los Estados, una personalidad jurídica de las CTN con grandes alcances las faculta para desafiar la posición prevalente de los Estados, máxime porque no son controladas desde su proceso de creación.<sup>17</sup> Así, ante un estatus que en adición a los derechos de inversión extranjera les devengue mayores obligaciones —como pasaría con la

<sup>15</sup> Crawford sostiene que el derecho internacional reconoce que los Estados no son los únicos sujetos del derecho internacional, tal como ocurrió con la opinión sobre las reparaciones emitida por la Corte Internacional de Justicia (CIJ). Crawford indica, entonces, que la personalidad de las organizaciones internacionales es reconocida, al igual que la de los sujetos naturales. Pero no es muy claro si las CTN pueden tener un estatus en derecho internacional para efectos de su responsabilidad, pese a los códigos de conducta desarrollados. Crawford, “The System of International Responsibility”. *The Law of International Responsibility*, 19.

<sup>16</sup> Álvarez niega la personalidad internacional de las CTN, así como la pertinencia de la misma. Por ello, una de sus armas es rechazar la remisión al fallo de la Corte Internacional de Justicia sobre reparaciones como medida de equiparación de estas con las CTN, para inferir su estatus. Para él, tal equiparación no es posible, porque el reconocimiento de la personalidad internacional de las CTN genera inequidades en el trato recibido por estos sujetos y los naturales. Esto se refleja en el reconocimiento de facultades o atribuciones en beneficio de sujetos cuyos intereses son meramente particulares, y que podrían ser tratados localmente. José Álvarez, “Are Corporations ‘Subjects’ of International Law?”. *New York University School of Law* (2010).

Para mayor información sobre la personalidad jurídica de actores no estatales véanse: Duruigbo, “Corporate Accountability and Liability for International Human Rights Abuses”, 241; Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, 33; Sir Hersch Lauterpacht, “The Grotian Tradition in International Law”. *British Year Book of International Law* (1946): 28; John Westlake, “The Native States of India”. *Law Quarterly Review* 26 (1910), 314; Jessup, “The Subjects of a Modern Law of Nations”, 387; C. H. Alexandrowicz, “Doctrinal Aspects of the Universality of the Law of Nations”. *British Year Book of International Law* (1961): 508; Robin Hansen, “The International Legal Personality of Multinational Enterprises: Treaty, Custom and the Governance Gap”. *Global Jurist* 10, n.º 1 (2010): 10 y 12; Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-state Actors* (Nueva York: Oxford, 2006), 64; Johns, “The Invisibility of the Transnational Corporation”, 897.

<sup>17</sup> Este argumento surge de la postura de los Estados con respecto a la creación de una Organización Internacional. Koremenos, Lipson y Snidal señalan que, en el caso de las organizaciones internacionales, en raras ocasiones los Estados las convierten en sujetos autónomos significantes. Agregan que los Estados pasan un largo tiempo determinando si la creación de una institución puede o no contribuir con el logro de sus metas en la economía internacional. Barbara Koremenos, Charles Lipson y Duncan Snidal, “The Rational Design of International Institutions”. *International Organization* 55, n.º 4 (2001): 762.

atribución de responsabilidad internacional—, exigirán un rol más protagónico en otras esferas internacionales. Por ejemplo, la visión del derecho internacional clásico enfocada en la concentración de poder en los Estados no es receptiva de la inclusión de las CTN en el proceso de creación del derecho internacional. Luego en el derecho internacional clásico estos sujetos se constituyen en amenazas para los Estados, sin que ello excluya los intereses económicos que les representan. Ante tal panorama, es preferible concederles ciertos derechos, mas no obligaciones; así condicionan el estatus de las CTN a sus intereses soberanos.

*La personalidad jurídica desde el sesgo de debilidad*

El sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero se incorpora en la personalidad jurídica de este sujeto para garantizarle un estatus jurídico estratégicamente delimitado. La personalidad jurídica de las CTN, articulada con ese sesgo de debilidad, supone que su limitación se liga a la vulnerabilidad del inversionista, más que a los riesgos que su extensión cause a la posición imperiosa de los Estados. Los Estados le confieren al inversionista extranjero una personalidad jurídica en los tratados de inversión, tan solo para la defensa de sus intereses, porque el sesgo de debilidad inserto en esa estructura normativa lo proyecta vulnerable frente al poder soberano. Ese sesgo desvanece el riesgo que el inversionista constituye para el Estado, lo que crea la necesidad de protegerlo. De este modo, el sesgo de debilidad garantiza que los Estados resguarden al inversionista mediante el poder normativo del derecho.

La personalidad internacional de las CTN subyacente a los tratados de inversión extranjera se alinea con el sesgo de debilidad a favor del inversionista, y se superpone a las posiciones que restringen o niegan tal personalidad,<sup>18</sup> así como a las pretensiones de un estatus con mayores alcances para estos sujetos, buscando así su responsabilidad internacional. Del lado de las posiciones que restringen o niegan la personalidad jurídica de las CTN se identifican al menos dos argumentos para atacarla. El primero sugiere que el derecho moderno de inversión está edificado sobre instrumentos internacionales originados en una decisión soberana.<sup>19</sup> Luego, negar la personalidad internacional limitada de

---

Asimismo, los Estados, al momento de conferir un estatus a un sujeto distinto de ellos, analizan su poder económico y el riesgo de desempoderamiento estatal. Carlos Vázquez, “Direct vs. Indirect Obligations of Corporations Under International Law”. *Columbia Journal of Transnational Law* 43 (2005): 930, 934 y 950.

<sup>18</sup> Véanse notas 6, 7, 8, 15 y 16 de este capítulo.

<sup>19</sup> La base dominante de la personalidad de las CTN se liga con los intereses económicos de los Estados en términos de inversión; no obstante, hay otras explicaciones. Clapham considera que la consulta sobre las reparaciones de la Corte Internacional de Justicia es el punto de partida para entender la personalidad de sujetos distintos de los Estados, si se considera la existencia de obligaciones para estos actores no estatales. En efecto, Clapham señala que, más que decir que son

estos sujetos desconoce el consentimiento de los Estados, indistintamente de si tal consentimiento es expreso, implícito o derivado de un silencio constitutivo de una norma de derecho consuetudinario,<sup>20</sup> con el aditivo de que ese sentido de voluntad estatal coincide con el sesgo de debilidad, lo que identifica al inversionista con más atribuciones internacionales que obligaciones.

Con el segundo argumento, la negación o restricción de la personalidad internacional de una CTN por las asimetrías en relación con otros sujetos no es muy viable. Sobre el inversionista recae un sesgo de debilidad poderoso cuando es comparado a la luz de las obligaciones penales internacionales de los sujetos naturales o del estatus internacional que tienen las víctimas de violaciones de derechos humanos ante cortes regionales de derechos humanos. El sesgo de debilidad asociado con la aparente inferioridad del inversionista prescribe el sentido de la voluntad regulatoria de los Estados, con lo que logra la exclusión de obligaciones internacionales en su contra. Estos efectos regulatorios del sesgo de debilidad persisten sobre la voluntad regulatoria de los Estados, indistintamente de si existe una distorsión sobre la realidad del inversionista, o de si es o no identificado el poder de ese sesgo de debilidad. Aquí se observa que ese sesgo de debilidad, reflejado en la personalidad jurídica del inversionista, lo mantiene en una situación privilegiada, pues le garantiza la defensa de sus derechos con amplias facultades y lo blinda de una responsabilidad internacional. En cambio, los sujetos naturales tienen un estatus mucho más restringido. Ellos son susceptibles de ser declarados responsables por violar el derecho penal internacional; así mismo, el derecho internacional les limita las facultades

---

sujetos propios del derecho internacional, el tema de la personalidad internacional de las empresas se resuelve al aceptar que las empresas tienen una personalidad internacional, limitada por los derechos y obligaciones que recaen sobre ellas bajo el derecho internacional consuetudinario y el derecho internacional humanitario. Andrew Clapham, "The Question of Jurisdiction Under International Criminal Law over Legal Persons: Lessons from the Rome Conference on an International Criminal Court", en *Liability of Multinational Corporations under International Law*, editado por Menno T. Kamminga y Saman Zia-Zarifi (Holanda: Kluwer Law International, 2000), 190. Véanse también: Clapham, *Human Rights Obligations of Non-state Actors*, 2006.

<sup>20</sup> Robin Hansen sostiene que no es muy usual que los Estados le confieran de modo expreso la personalidad jurídica internacional a sujetos distintos a ellos. De forma tácita o implícita, los Estados confieren la personalidad jurídica mediante un tratado, como los de inversión. En relación con el silencio constitutivo de la formación de una *opinio iuris* y de una práctica que conlleva la creación de una costumbre internacional, Hansen sostiene que la personalidad de las empresas a partir del derecho a la inversión es deducible para los Estados no parte del tratado, mediante la formación de una norma de derecho internacional consuetudinario, como consecuencia de su silencio frente a la formación de la misma, y la carencia de una objeción persistente. Así, el elemento de la práctica se infiere de la cantidad de tratados bilaterales de inversión que hay firmados, así como del número de arbitrajes iniciados. En cuanto a la *opinio iuris*, el número de Estados participantes en arbitrajes de inversión sugiere que los Estados se sienten vinculados con respecto a los inversionistas y las empresas. Hansen, "The International Legal Personality of Multinational Enterprises", 13, 15, 16 y 20.

para reclamar la violación a sus derechos humanos, lo que no ocurre con el inversionista extranjero.<sup>21</sup>

De otro lado, la personalidad jurídica de los inversionistas extranjeros en los tratados de inversión se superpone a la creación de un estatus internacional, acorde con sus poderes económicos y con las violaciones potenciales de los derechos humanos.<sup>22</sup> La personalidad internacional de estos sujetos, al alinearse con el sesgo de debilidad, es un límite para su responsabilidad, pues les confiere poder, sin establecer un control al mismo. Entonces, el carácter limitado de la personalidad jurídica de los inversionistas extranjeros, o su poder económico transnacional de cara a las violaciones de los derechos humanos en las que incurren, no desestabilizan el sesgo de debilidad para conseguir su responsabilidad internacional. La personalidad jurídica limitada de las CTN tiene en su base el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero, lo que garantiza su protección frente a una responsabilidad internacional. Sumado a ello, las expectativas de crecimiento económico de los Estados con esos sujetos corporativos disfrazan el sesgo de debilidad y se suman para justificar los límites a la personalidad jurídica.

### **La lectura desde el hecho ilícito internacional**

#### *El hecho ilícito internacional como un límite a la responsabilidad internacional de las CTN*

El régimen de responsabilidad internacional de los Estados por el hecho ilícito internacional compila las normas secundarias, por oposición a las normas primarias (enfocadas en definir las obligaciones a cargo del Estado); es decir, los criterios generales de atribución de responsabilidad internacional frente al principal sujeto del derecho internacional y las consecuencias de tal responsabilidad.<sup>23</sup> La responsabilidad internacional de sujetos no estatales como las CTN se piensa desde el hecho ilícito internacional, por ser el pilar de la responsabilidad internacional de los Estados. Los elementos de un hecho ilícito internacional y las condiciones de atribución están compilados en el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de 2001, liderado por James Crawford. El hecho ilícito internacional, compuesto por un comportamiento (acción u omisión) atribuible al Estado y constitutivo de una violación a una obligación internacional, consolida una estructura interestatal dominada por unos requisitos excluyentes y totalizantes. Entre algunos de esos requisitos se distingue

<sup>21</sup> Van Harten y Loughlin, "Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law", 133-134.

<sup>22</sup> Groth, "Transforming Accountability", 3 y 7.

<sup>23</sup> *Ibid.*

un comportamiento atribuible al Estado como organización, o el ejercicio de funciones públicas en el caso de entidades o particulares autorizados para tal ejercicio.

La figura del hecho ilícito se construye con elementos que solo se encuentran en un sujeto con particularidades inigualables. Sin embargo, su carácter imperioso y consuetudinario lo convierten en un referente inexorable en la construcción de la responsabilidad internacional para un sujeto no estatal.<sup>24</sup> Ratner toma la estructura del ilícito internacional a la luz de los límites para la responsabilidad internacional de las CTN y explora alternativas de superación.<sup>25</sup> Otras aproximaciones sobre las relaciones entre la responsabilidad internacional del Estado y las violaciones a los derechos humanos en las que incurrir las CTN se concentran en los obstáculos para atribuirles tales violaciones a los Estados como los primeros sujetos llamados a responder. En este sentido, Farrior se pregunta si el derecho internacional de los derechos humanos obliga a los Estados a proteger a los individuos de los daños provenientes de actores privados, o si el Estado responde por el daño en el que incurrió el tercero, o por su omisión en la prevención.<sup>26</sup> Mzinkenge cuestiona si el marco general internacional sobre la responsabilidad de los Estados le atribuye a estos las violaciones a los derechos humanos cometidas por sujetos privados.<sup>27</sup>

Estudiar las violaciones cometidas por las CTN desde el ángulo clásico encuentra en el hecho ilícito barreras para una responsabilidad internacional. Al trasladarse a las corporaciones transnacionales, el hecho ilícito es un engranaje limitante, por lo que es preferible atribuirle al Estado las violaciones a los derechos

<sup>24</sup> El proyecto de responsabilidad internacional de los Estados por el hecho ilícito fue adoptado por medio de la Resolución 56/83 de 2001. La Asamblea General de las Naciones Unidas tomó nota de los artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, presentados por la Comisión de Derecho Internacional, y señaló la atención de los gobiernos sin perjuicio de una futura aprobación o de otro tipo de medida. A su vez, mediante las resoluciones 59/35 de 2004 y 62/61 de 2008, la Asamblea General de las Naciones Unidas reiteró el llamado anterior.

En igual sentido, este proyecto ha sido citado por la Corte Internacional de Justicia en casos como el de *Nicaragua v. Estados Unidos*, *Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)* y *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*.

<sup>25</sup> Steven Ratner, "Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility". *The Yale Law Journal* 11 n.º 443 (2001): 491, 465 y 466.

<sup>26</sup> Stephanie Farrior, "State Responsibility for Human Rights Abuses by Non-State Actors". *American Society International Proceedings* 92 (1998): 300.

Véase también: Olivier de Frouville, "Attribution of Conduct to the State: Private Individuals", en *The Law of International Responsibility*, editado por James Crawford, Alain Pellet y Simon Olleson (Estados Unidos: Oxford University Press, 2010), 261-280.

<sup>27</sup> Danwood Mzinkenge Chirwa, "The Doctrine of State Responsibility as a Potential Means of Holding Private Actors Accountable for Human Rights". *Melbourne Journal of International Law* 5 (2004): 9.

humanos cometidas por estos sujetos. Esto enmarca el debate de la responsabilidad internacional de esos sujetos corporativos en un problema de atributos soberanos. Estos son el termómetro de la pertinencia y las condiciones bajo las cuales el Estado es responsabilizado por los actos de actores no estatales. Entonces, la responsabilidad de las CTN se desplaza, porque sus violaciones se analizan desde las fibras sensibles del acto de Estado, o de obligaciones omitidas por este frente a terceros ajenos a la estructura estatal. Luego el propósito no es controlar y regular los impactos negativos de actores como las corporaciones transnacionales, sino definir los impactos del sistema interestatal al responder por los actos de terceros.

*El hecho ilícito internacional a la luz del sesgo de debilidad*

La responsabilidad internacional de las CTN desde el hecho ilícito internacional es limitada por su carácter interestatal dominante y excluyente, lo que salvaguarda la posición prevalente de sus principales sujetos. El derecho de inversión extranjera refleja estructuralmente el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero, con lo que incorpora una dinámica de atribución de responsabilidad análoga al ilícito internacional; por esa relación es un excelente caso de estudio para explorar. El hecho ilícito internacional, analizado desde el sesgo de debilidad, es adicionado y robustecido para justificar la inexistencia de la responsabilidad internacional de las CTN.

El derecho moderno de inversión extranjera tiene sus antecedentes en la protección diplomática, apuntalada en la doctrina clásica de la responsabilidad internacional de los Estados por daños a los extranjeros y sus propiedades. El ejercicio de la protección diplomática demanda una carga considerable de obligaciones para los reclamantes, así como una amplia discrecionalidad del Estado al que pertenece el nacional afectado. La activación de la protección diplomática requiere que el nacional extranjero agote los recursos domésticos del Estado donde sufrió la violación,<sup>28</sup> sumado al hecho de que su reclamación se somete a la discrecionalidad del Estado y a sus condiciones.<sup>29</sup> Esto sugiere que la representación que hace el Estado en nombre del nacional puede interpretarse como una reclamación interestatal. Así, en caso de una indemnización, en principio la reclamación recae en el Estado como titular de la acción internacional.<sup>30</sup> Esta

<sup>28</sup> Asante, "International Law and Foreign Investment", 590.

<sup>29</sup> Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law* (Nueva York: Oxford University, 2007), 9 y 50.

<sup>30</sup> Kenneth Vandeveld, "A Brief History of International Investment Agreements", en *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Taxation Treaties, and Investment Flows*, editado por Karl Sauvant y Lisa Sachs (Nueva York: Oxford University Press, 2009), 6.

dependencia del inversionista extranjero a la protección diplomática, así como sus restricciones, se sustituyeron por los tratados de inversión extranjera.

Con esta sustitución, no hay desprotección para los inversionistas, pues el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero determina la estructura normativa de estos instrumentos. Los Estados influenciados por ese sesgo de debilidad regulan en tratados bilaterales y multilaterales estándares de tratamiento en beneficio de un tercero no parte del tratado, lo que facilita la creación de un sistema de adjudicación internacional con facultades excepcionales. En muchos casos, este sistema de adjudicación está desprovisto del agotamiento de los recursos internos a cargo del inversionista extranjero. De este modo, el tratado que faculta al inversionista a defender sus intereses en sede internacional surge de una reafirmación de atribuciones soberanas, en correspondencia con el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero. En efecto, en estos instrumentos, los Estados regulan derechos con exclusión de obligaciones para el tercero, consintiendo en la revisión internacional de sus poderes regulatorios. Bajo la influencia de ese sesgo de debilidad, los Estados son los titulares de la responsabilidad internacional por violación al tratado, con lo que excluyen al inversionista de algún escrutinio internacional.

El estudio del hecho ilícito internacional a la luz del sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero sugiere que su traslado a los tratados de inversión no solo responde a la conservación de estructuras interestatales. El sesgo de debilidad, más que liderar una batalla por mantener la posición dominante de los Estados, prescribe la protección de un sujeto vulnerable ante el poder del Estado. De allí que haya que regular con un sentido unidireccional: solo derechos para el inversionista extranjero con exclusión de obligaciones, con lo que se mantiene en los Estados la exigibilidad por la violación del tratado. De esta manera, los Estados, bajo la influencia del sesgo de debilidad, no están pensando en transformar la estructura de atribución de los tratados y en proponer la creación de una responsabilidad internacional para las CTN que juegue como un contrapeso frente a las asimetrías entre ellos y las corporaciones en términos de obligaciones.

Lo anterior no significa que el hecho ilícito internacional se desestabilice por efectos del sesgo de debilidad. A la luz de ese sesgo, su estructura se conserva pero con otra mirada. Cuando el hecho ilícito es trasladado al derecho de inversión extranjera, le presta su engranaje al sesgo de debilidad, y ambos consiguen resultados satisfactorios. Hay entonces una relación de simbiosis con beneficio

mutuo. El hecho ilícito, una vez se cruza con el sesgo de debilidad a favor del inversionista, conserva su estructura incólume, por lo que mantiene la responsabilidad en los Estados, pero bajo la influencia de la aparente debilidad del inversionista, lo que impide la creación de obligaciones internacionales para las CTN. Asimismo, el sesgo de debilidad encuentra en el hecho ilícito internacional una excelente plataforma para desplegar y mantener vigente sus prescripciones, con lo que suple, mediante la arquitectura de aquel, sus carencias; es decir, su existencia como una institución jurídica.

En tal sentido, el hecho ilícito internacional afianza el sesgo de debilidad con una cortina de humo. El sesgo de debilidad en sí mismo no es identificado. Los límites a la responsabilidad internacional de las CTN no son vistos con la óptica de ese sesgo de debilidad inherente al inversionista, sino con el carácter irrenunciable del ilícito internacional. Esta estructura, trasladada a la responsabilidad de los Estados en materia de inversión extranjera, oculta el sesgo de debilidad que incide en la soberanía regulatoria de los Estados, por la alineación que existe entre el sesgo y el ilícito internacional. Sin embargo, el sesgo de debilidad instrumentaliza al hecho ilícito en los tratados de inversión extranjera, indistintamente de si es identificado. Los Estados, influenciados por el sesgo estructural del derecho de inversión alineado con la aparente debilidad del inversionista extranjero, mantienen constreñida su libertad regulatoria y se conservan como los únicos sujetos responsables por la violación del tratado.

### **La lectura de la Responsabilidad Social Corporativa (RSC)**

*La responsabilidad internacional de las CTN desde las políticas de RSC*

El *soft law* inserto en las políticas de RSC funciona como un lenguaje poderoso y un artefacto con incidencia en la viabilidad económica de una empresa. Las políticas en mención pueden responder a la iniciativa estatal y privada (CTN y ONG), se caracterizan por incorporar marcos programáticos o declaraciones aspiracionales de un comportamiento, articulados con sistemas de control y monitoreo que influyen en la imagen de las compañías multinacionales. En general, se trata de iniciativas voluntarias que requieren de las empresas el respaldo a unos estándares en derechos humanos, asuntos laborales, medioambientales y de anticorrupción. Si estos actores cumplen con los estándares de la iniciativa, abanderan el ejercicio de sus actividades al mostrarse comprometidos con la protección y garantía de los derechos humanos. En el evento de ser incumplidos, los sistemas de control y monitoreo liderados por ONG visibilizan el impacto negativo de las CTN y causan problemas en su viabilidad económica.

Una violación de las CTN a los derechos humanos o conexos tiene efectos expansivos y adversos frente a sus consumidores, valor en el mercado,<sup>31</sup> y socios actuales y potenciales.<sup>32</sup> En tal sentido, la RSC actúa con una lógica preventiva o una reaccionaria. Con esta última actúa cuando es preciso reconstruir la imagen negativa de una corporación, tal como pasó con Shell en Nigeria<sup>33</sup> y con Talisman en Sudán.<sup>34</sup> Estas empresas fueron demandadas civilmente ante los Estados Unidos bajo la Alien Tort Claims Act (ATCA) por sus presuntas violaciones de los derechos humanos. Ante ello, implementaron un fuerte componente de políticas de RSC para reconstruir su imagen.

La falta de exigibilidad y flexibilidad de las políticas de responsabilidad afianzan los límites a la responsabilidad internacional de las CTN, toda vez que privilegian mecanismos de *accountability* como la mejor alternativa y posicionan a estos sujetos corporativos como actores benévolos. Del lado de los mecanismos de *accountability*, la RSC se alinea con el derecho internacional, con lo que opta por la aplicación de mecanismos locales para sujetos no estatales, o por la aplicación de mecanismos híbridos de control y monitoreo, sin corresponder a una responsabilidad internacional. Así, estas políticas fortalecen la idea de Muchlinski según la cual las CTN no tienen una intención deliberada de violar derechos humanos, contrario a lo ocurrido con los Estados.<sup>35</sup> Luego aumentarles las responsabilidades en derechos humanos sobredimensiona la importancia que merecen, pues su papel benévolo puede construirse sin necesidad de un estatus de una

<sup>31</sup> Castillo, “El rol de la empresa transnacional extractiva de petróleo en la Consulta Previa con las comunidades indígenas”, 1-37.

<sup>32</sup> Gunderson señala el papel poderoso que tienen las ONG en la imagen de las CTN mediante el boicot. Con tal recurso, una ONG influye de modo decisivo en la imagen y viabilidad de una empresa en dos escenarios: en el primero, hay empresas que se posicionan en el mercado gracias a una marca, tal como Nike o Chiquita. La presión ejercida en este ambiente les resta credibilidad frente al público consumidor. En el segundo escenario, si las empresas petroleras o mineras pierden su reputación en temas de derechos humanos, se refleja en sus inversionistas potenciales y en sus grandes compradores y socios, que se preocupan por estar vinculados con una empresa con una reputación cuestionable. James Gunderson, “Multinational Corporations as Non State Actors in the Human Rights Arena”, en *Non State Actors in the Human Rights Universe*, editado por George Andreopoulos, Zehra Kabasakal y Peter Juviler (Estados Unidos: Kumarian Press, 2006), 85-87.

<sup>33</sup> En el caso de Shell, esta empresa fue acusada en 1999 ante las cortes de los Estados Unidos por la muerte del activista nigeriano Ken Saro-Wiwa, en complicidad con las fuerzas militares de Nigeria. Shell fue acusada del homicidio de Wiwa y del intento de muerte de otros activistas, en conspiración con las fuerzas militares públicas; de la supresión del movimiento conducido por Wiwa y de impactos al medio ambiente. Esa demanda hizo que Shell diseñara una política de responsabilidad social corporativa, en compañía de líderes del Gobierno de Nigeria, medios de comunicación, académicos y ONG. *Ibid.*, 96-97.  
Véase además: Paul Martin, “Royal Dutch Shell: How Deep the Changes?”, en *Non State Actors in the Human Rights Universe*, 93 y ss.

<sup>34</sup> Entrevista a un funcionario de la compañía encargada del área de RSC.

<sup>35</sup> Peter Muchlinski, “Human Rights and Multinationals: Is there a Problem?”, en *Human Rights and Corporations*, editado por David Kinley, 16.

*institución pública cuasigubernamental*, lo que conserva a los Estados como los primeros llamados a responder por las violaciones de los derechos humanos.<sup>36</sup>

En cuanto al rol benévolo de las CTN, ellas sostienen que la ausencia de una responsabilidad internacional no es óbice para su compromiso con la protección de los derechos humanos a través de las políticas de RSC. Estas iniciativas, administradas satisfactoriamente, si bien no impiden demandas civiles por infracciones a los derechos humanos, las previenen al establecer estándares óptimos de desempeño. Del mismo modo, estas iniciativas apoyan criterios como los de Muchlinski, según el cual la responsabilidad por violación de los derechos humanos es de los Estados, principalmente.<sup>37</sup> En consecuencia, las corporaciones transnacionales no constituyen la misma amenaza o riesgo potencial en relación con las violaciones de los derechos humanos, comparadas con los Estados. Por ello no necesitan sistemas de responsabilidad internacionales; el ámbito local es la mejor alternativa.

En últimas, la aplicación responsable de una política de RSC le representa a una corporación transnacional canales de comunicación con la comunidad y la reducción de inconformidades sobre sus actividades. La responsabilidad internacional de estos sujetos corporativos desde las políticas de RSC se obstaculiza al legitimarse el estatus limitado de las mismas, ya que las políticas articulan dos extremos causantes de tensiones: la protección de los derechos humanos y las actividades a gran escala de las CTN.<sup>38</sup> De tal manera, la responsabilidad internacional de estos sujetos no es un objetivo perentorio de los Estados y tampoco de quienes controlan las actividades corporativas. Con las políticas de RSC se consiguen resultados favorables para los diferentes actores involucrados.

Ahora bien, desde la mirada clásica, los alcances de las políticas de RSC pueden ser comprendidos desde el sesgo de fortaleza de las CTN. Los sistemas de control y monitoreo están apuntalados en la idea de proteger a un sujeto económicamente poderoso, complejo y valioso. Entonces, se trata de un sujeto que despliega acti-

<sup>36</sup> *Ibid.*, 16-17.

<sup>37</sup> *Ibid.*, 17.

<sup>38</sup> En su informe de minería, ABColombia indica que los principios rectores de la ONU elevan estándares de conducta para las empresas, pero tienen un impacto negativo al “socavar los intentos de desarrollar una sanción legal efectiva, tanto a nivel nacional como internacional, sin la cual no es posible evitar que las empresas abusen de los derechos humanos de las comunidades”. ABColombia-CAFOD, Christian Aid, Oxfam GB, SCIAF, Trócaire. *Regalándolo Todo: Las Consecuencias de una Política Minera No Sostenible en Colombia*, 2. [http://www.abcolombia.org.uk/downloads/Giving\\_it\\_Away\\_mining\\_report\\_SPANISH.pdf](http://www.abcolombia.org.uk/downloads/Giving_it_Away_mining_report_SPANISH.pdf)  
Véase también: Johnathan Glennie, “Colombia’s resistance to corporate mining excess has lessons for the world”. *The Guardian*, 14 de mayo de 2012. <http://www.guardian.co.uk/global-development/poverty-matters/2012/may/14/colombia-resistance-corporate-mining-excess>

vidades en la esfera global y bajo diferentes figuras, lo cual dificulta su control, máxime cuando carece de un regulador central.<sup>39</sup> Es también un sujeto valioso para los Estados receptores, así como un creador de presiones y riesgos. Las presiones son de orden regulatorio; ante marcos normativos más exigentes para las CTN, estos sujetos amenazarán con trasladar sus inversiones, poniendo en tela de juicio la capacidad que tienen los Estados receptores de competir por inversión extranjera.<sup>40</sup> Los riesgos se ligan a la capacidad económica y accionar de estos actores. Las corporaciones pueden resquebrajar la posición dominante de los Estados frente a un reconocimiento de obligaciones internacionales, pues exigirán roles más protagónicos. Ante estos escenarios, los Estados se inclinan por la adopción de las recomendaciones del sector empresarial. Entre ellas, asumen que la regulación internacional vinculante sobre derechos humanos no es necesaria; en su lugar se deben privilegiar iniciativas voluntarias y desregular otras áreas en beneficio de tal sector.<sup>41</sup>

#### *La relación de las políticas de RSC con el sesgo de debilidad*

Los tratados internacionales de inversión establecen obligaciones del Estado receptor frente a un tercero no parte en el tratado, mejor conocido como el inversionista extranjero, con un sesgo de debilidad que opera a su favor. Este sesgo apela por su protección en los tratados de inversión, a fin de blindarlo de los impactos negativos del poder regulatorio estatal. Como consecuencia, estos tratados son reconocidos por proteger los intereses particulares de una minoría privilegiada. Como contrapeso, la dinámica de estos tratados se gradúa con la inclusión de cláusulas relativas al respeto y cumplimiento de estándares de RSC<sup>42</sup> o de compromisos derivados del acuerdo.<sup>43</sup> De este modo, los Estados y las

<sup>39</sup> John Gerard Ruggie, *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights* (Nueva York: Norton and Company, 2013), xvi.

<sup>40</sup> *Ibid.*, xxii.

<sup>41</sup> *Ibid.*, xx-xxii.

<sup>42</sup> El artículo 816 del TLC Colombia-Canadá señala lo siguiente: “Cada Parte alentará a las empresas que operen en su territorio o que estén sujetas a su jurisdicción a que incorporen voluntariamente estándares internacionales reconocidos de responsabilidad social corporativa dentro de sus políticas internas, tales como declaraciones de principios que hayan sido aprobadas o sean respaldadas por las Partes. Estos principios abordan asuntos tales como los derechos laborales, el medio ambiente, los derechos humanos, las relaciones con la comunidad y la lucha contra la corrupción. Las Partes le recuerdan a dichas empresas la importancia de incorporar tales estándares de responsabilidad social corporativa en sus políticas internas”.

<sup>43</sup> El acuerdo de Comesa no habla de manera directa de violaciones de los inversionistas a los derechos humanos, sino que le permite al Estado miembro, en caso de ser demandado por un inversionista de Comesa, presentar una demanda de reconvencción, argumentando así el incumplimiento del inversionista de sus obligaciones bajo el acuerdo, o el incumplimiento de las adquiridas con el Estado huésped, o la falta de diligencia para tomar medidas razonables que permitan mitigar posibles daños. En la redacción del acuerdo no es clara la clase de procedimiento y de responsabilidad para el inversionista, por cuanto el acuerdo no especifica si el incumplimiento de las obligaciones adquiridas por el inversionista está relacionado con compromisos en temas de derechos humanos

corporaciones transnacionales se involucran en la protección de los derechos humanos, laborales y ambientales, con lo que se neutraliza el sesgo estructural de los tratados, producto del sesgo de debilidad a favor del inversionista. De allí que ese sesgo de debilidad explique los límites de las políticas de RSC a partir de la instrumentalización que el derecho de inversión como reflejo normativo de ese sesgo hace de ellas.

Los estándares de RSC vigorizan los tratados de inversión extranjera al contrarrestar su sesgo estructural, alineado con la aparente debilidad del inversionista. Estas políticas no tienen un procedimiento de exigibilidad claro, con lo que se evita al inversionista extranjero/CTN altos compromisos y le confiere la posibilidad de decidir la medida de su inclusión. De tal forma, la incorporación en los tratados de inversión de compromisos sobre RSC no comporta un desafío o debilitamiento para el sesgo de debilidad, sino un interés en salvaguardarlo. Con tal inclusión, los reproches a la dinámica de los tratados se disminuyen, dado que se proyectan a las corporaciones como sujetos socialmente responsables. La inclusión en los tratados de inversión de compromisos en RSC se articula con el condicionamiento regulatorio que los Estados sufren a causa del sesgo de debilidad, limitando la creación de obligaciones internacionales para el inversionista extranjero.

Así, los Estados son los garantes de la vigencia y poder del sesgo de debilidad a favor del inversionista. Ruggie, en el borrador del marco “proteger, respetar y remediar”, indicó que los Estados, en la regulación de los derechos humanos y negocios, están “sujetos” a diferentes ramas del derecho internacional, como el derecho de la inversión y el comercial. Agregó, además, que aunque ello no los absuelve de sus obligaciones con los derechos humanos, la ausencia de una jerarquía de tratados dificulta la imposición de obligaciones en esta área.<sup>44</sup> Asimismo, en su libro *Just Business* sugiere que ni los Estados, ni mucho menos las CTN, están dispuestas a aceptar un marco internacional vinculante para estas

---

y, en caso de tener tal relación, no es claro si las complejidades y consecuencias de las obligaciones incumplidas deban resolverse por un tribunal de arbitraje o por una corte doméstica. Luego, en caso de que sea competente el tribunal, deja inconclusas sus atribuciones en asuntos de derechos humanos. Finalmente, la redacción sugiere que la responsabilidad surge frente al Estado, dejando por fuera a las víctimas y su consecuente reparación. Yadira Castillo, “The Appeal to Human Rights in Arbitration and International Investment Agreements”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* XII (2012): 47-84.

<sup>44</sup> Naciones Unidas, Asamblea General, Report of the Special Representative of Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises, John Ruggie, “Guiding Principles for the Implementation of the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’”, framework, “posted for public review and comment until 31 January 2011”, draft, párr. 5.

en un corto plazo.<sup>45</sup> Por ello, en su mandato optó por la creación de una plataforma normativa no vinculante y unas prescripciones políticas de alto nivel para fortalecer la protección de los derechos humanos contra el daño corporativo.

Ruggie, con una referencia implícita al sesgo de fortaleza de las corporaciones transnacionales, coincide con el propósito del sesgo de debilidad a favor del inversionista, pues ambos condicionan la voluntad de los Estados para el beneficio del inversionista extranjero. Sin embargo, la coincidencia en los propósitos finales no equivale a una similitud en sus fundamentos. Desde el sesgo de fortaleza, las corporaciones son actores globales, económicamente poderosos, con la capacidad de representar grandes beneficios potenciales para los Estados. Por ello hay que regularlas benévolamente, con el fin de atraer su inversión, esa lógica de regulación convierte a la RSC en una herramienta poderosa para este objetivo. Desde el sesgo de debilidad, la identidad del inversionista se construye alrededor de su aparente debilidad, con lo que dispone de la creación de derechos, con exclusión de obligaciones internacionales, debido a la incompatibilidad de estas últimas frente a las prescripciones del sesgo. De este modo, la capacidad regulatoria de los Estados se mantiene constreñida, frente a ese alcance la dinámica de la RSC es un ejemplo de ello. De hecho, la incorporación de esas políticas en los tratados de inversión refleja al tercero no parte del tratado y beneficiado del mismo como un sujeto potencialmente comprometido con la agenda de los derechos humanos. Este efecto neutraliza la estructura asimétrica de esos tratados y mantiene a las CTN exentas de una responsabilidad internacional.

Ahora bien, el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero no solo instrumentaliza las políticas de RSC en el derecho de inversión extranjera, también afianza los límites de estas políticas sobre la responsabilidad internacional de las CTN. La dinámica de tales políticas coincide con el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero, indistintamente de su incorporación en un tratado de inversión extranjera.

El sesgo de debilidad se incorpora en los límites fijados por las políticas de RSC. Estas políticas excluyen obligaciones internacionales y privilegian la adopción de mecanismos locales o híbridos de control y monitoreo para las CTN. Esta dinámica no es ajena al sesgo de debilidad; para este, la soberanía regulatoria debe constreñirse, por lo que hace incompatible la creación de obligaciones para las corporaciones transnacionales. Pese a ello, tales políticas le crean riesgos a esos

<sup>45</sup> Ruggie, *Just Business*, xx, xxii, xxxv y 57.

sujetos corporativos, aunque si son bien administradas les representan beneficios. Frente a los riesgos creados por los impactos negativos de sus actividades, el sesgo de debilidad prescribe un control para las corporaciones, distinto a una responsabilidad internacional, pues ese control puede transformar positivamente su imagen. Ante los beneficios de las políticas, el sesgo de debilidad se fortalece porque se desvanece la necesidad de una responsabilidad internacional para los sujetos que protege.

En cualquier caso, bien sea visibilizando la mala imagen de una empresa o su compromiso con las políticas, hay un control o fiscalización de las actividades de las CTN. Ello debilita la necesidad de una responsabilidad internacional para las corporaciones. De este modo, el sesgo de debilidad ejerce su poder sin ser evidenciado, pues encuentra en las políticas de RSC una estructura tangible para actuar, con lo que logra incorporarse en la agenda de los promotores de estas iniciativas al expandir su alcance e imponer sus prescripciones. De hecho, los impulsores de las políticas de RSC no se muestran muy interesados en crearles a las CTN una responsabilidad internacional; están enfocados en comprometerlas con la agenda de los derechos humanos, para capitalizar ese compromiso en beneficio de una imagen benévola y mantenerlas exentas de responsabilidad internacional.

### **La lectura desde los mecanismos locales: Alien Tort Claims Act**

#### *La responsabilidad internacional de las CTN desde la ATCA*

La activación de la ATCA para juzgar las violaciones a los derechos humanos cometidas por las CTN, y reparar a las víctimas, traslada el debate sobre su responsabilidad internacional a los límites y alcances de estos recursos locales. La ATCA, promulgada en 1789, le confiere competencia a las Cortes de Distrito de los Estados Unidos para conocer una demanda interpuesta por un extranjero, siempre que constituya la violación del derecho de las naciones o de un tratado de los Estados Unidos.<sup>46</sup> Inicialmente se aplicó a los delitos de piratería en alta mar, de seguridad y de infracción de los derechos de los embajadores;<sup>47</sup> fue con posterioridad al caso *Filártiga v. Peña-Irala*, en 1984, que se aplicó a violaciones a los derechos humanos cometidas por las corporaciones transnacionales.<sup>48</sup>

<sup>46</sup> Tribunal Federal de los Estados Unidos, Distrito del Sur de la Florida, Martínez Banastra, caso 01-3208. Miami, Florida, 29 de septiembre de 2006. Orden de sobreseimiento consolidada por falta de competencia objetiva.

<sup>47</sup> Corte Suprema de los Estados Unidos, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, Opinion of the Court No. 10-1491, 17 de abril de 2013, 8.

<sup>48</sup> En marzo de 1976, Joselito Filártiga, hijo de un líder de la oposición al régimen de Stroessner, fue asesinado y torturado en Asunción, Paraguay, por Americo Peña-Irala, un agente de la Policía. En 1978, la familia de Filártiga demandó ante los Estados Unidos por la ausencia de justicia en

El interés de distintos actores en conseguir la responsabilidad de las CTN mediante tal herramienta enmarca el debate en la superación de las barreras o zonas difusas de ese instrumento, a fin de potenciarlo.

La ATCA incorpora el debate sobre el alcance del derecho internacional frente a las corporaciones transnacionales en las jurisdicciones domésticas. Es un estatuto jurisdiccional que no crea causas de acción (definición de conductas o alivios). En su lugar, faculta a las cortes federales para reconocer causas por violación al derecho internacional o de las naciones.<sup>49</sup> Esta exigencia crea dudas sobre la clase de violaciones y requisitos exigidos para su reconocimiento frente a sujetos no estatales, como una corporación transnacional, pues el debate entre si el derecho internacional crea o no obligaciones para estos sujetos, y bajo qué condiciones y exigibilidad, persiste.<sup>50</sup> Igualmente, bajo la ATCA, la responsabilidad de una CTN por la violación de los derechos humanos está ligada con la demostración de una violación cometida como una acción de estado (*so color*) en conjunto con la compañía multinacional, salvo que se trate de violaciones en las

---

su país. En segunda instancia, la Corte manifestó que la costumbre internacional prohíbe a los Estados fomentar la tortura de sus ciudadanos; por lo tanto, Peña-Irala actuó con la aquiescencia de la autoridad, violando la ley de las naciones al amparo de la ATCA. Claudia Salazar, “Applying International Human Rights Norms in the United States: Holding Multinational Corporations Accountable in the United States for International Human Rights Violations under the Alien Tort Claims Act”. 11 de marzo de 2004. <http://www.stjohns.edu/media/3/c704bae39d9f4e9eaaaf-27e1e68b6f72.pdf>

<sup>49</sup> Corte Suprema de los Estados Unidos, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, 5.

La renuncia a la noción restringida del derecho de las naciones de 1789 (delitos de piratería en alta mar, de seguridad y contra los diplomáticos) se dio con el caso *Filártiga*. En este caso, la Corte determinó que el derecho de las naciones no debe interpretarse de acuerdo con el año de redacción de la ATCA, sino considerando la evolución del derecho de las naciones en la actualidad. Randall Kenneth, “Federal Jurisdiction over International Law Claims: Inquiries into the Alien Tort Statute”, en *The Alien Tort Claims Act: An Analytical Anthology*, editado por Ralph G. Steinhardt y Anthony D’Amato (Nueva York: Transnational Publishers, Inc., 1999), 202-204.

<sup>50</sup> Barrie Sander sostiene que el debate no está en si el derecho internacional les crea obligaciones a las CTN, sino en su exigibilidad doméstica. Bajo su criterio, las CTN pueden ser declaradas responsables por violar el derecho internacional, siempre que se aclare que el derecho internacional no prescribe los medios para exigir sus normas.

Barrie Sander, “Kiobel: Corporate Liability under International Law”, EJIL: Talk!: Blog of the European Journal of International Law, 16 de abril de 2012. <http://www.ejiltalk.org/kiobel-corporate-liability-under-international-law/>

Véase también a Ruggie, quien se refiere a la ausencia de obligaciones internacionales directas para las CTN, y a su “participación en el derecho internacional”, con énfasis en las obligaciones civiles producto de daños ambientales. Naciones Unidas, Asamblea General, Human Rights Council, Implementation of General Assembly Resolution 60-251 of 15 March 2006, Entitled Human Rights Council “Business and Human Rights: Mapping International Standards of Responsibility and Accountability for Corporate Acts”, Report of the Special Representative of the Secretary-General (SRSG) on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises, A-HRC-4-035, 9 de febrero de 2007.

Véase también a Javier Zamora, *Kiobel v. Royal Dutch Corp* y los litigios transnacionales sobre derechos humanos. *Papeles el tiempo de los derechos*, n.º 4 (2011).

que no se exige.<sup>51</sup> Este requisito es controversial por el estándar de la acción del Estado extranjero en relación con la acción de la CTN.

Otro factor que involucra la ATCA es el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial de las cortes federales. Aquí, el debate se concentra en la determinación de los vínculos entre la empresa demandada y los Estados Unidos. Este dilema tiene fuertes implicaciones en las relaciones internacionales de los Estados Unidos, pues una corte, al reconocer tal jurisdicción, adquiere competencia para conocer de violaciones al derecho de las naciones cometidas en otro Estado.<sup>52</sup> Como respuesta, la Corte Suprema de los Estados Unidos determinó límites a la aplicación de la presunción contra la extraterritorialidad en la ATCA, mediante una opinión emitida dentro del caso *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*.<sup>53</sup> Esto supone que la mera presencia corporativa en los Estados Unidos no es suficiente, requiriéndose demostrar una “suficiente conexión” con el territorio de tal país para desplazar la presunción,<sup>54</sup> y así endurecer el análisis de extraterritorialidad aplicado en otros casos.<sup>55</sup> Con ello, la Corte Suprema privilegia la salvaguarda de las relaciones internacionales de los Estados Unidos de alguna afectación por causa del poder judicial, mediante la aplicación de la presunción contra la extraterritorialidad bajo la ATCA.<sup>56</sup> Con la limitación de sus facultades restringe remedios

<sup>51</sup> Como ocurre en el caso del delito de tortura y de ejecución sumaria, cometidos en el transcurso de un delito de genocidio o de un crimen de guerra, así como con el delito de trabajo forzado, la versión moderna del delito de esclavitud. Estos pueden ser cometidos directamente por el particular. Tribunal Federal de Distrito del Sur de Florida, caso 01-3208, Martínez-Banastra. Juez: José Martínez, Miami, Florida, 29 de septiembre de 2006. Orden de sobreesimiento, 25; United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *John Doe v. Unocal*, Nos- 00-56603 00-57197 D.C., No. CV-96-06959-RSWL-, volumen 1 de 2.

<sup>52</sup> Corte Suprema de los Estados Unidos, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, Opinion of the Court No. 10-1491, 5.

<sup>53</sup> En este caso, un grupo de nigerianos residentes en los Estados Unidos presentó una demanda contra la Royal Dutch bajo la ATCA, alegando que esa empresa cometió violaciones al derecho de las naciones en complicidad con el Gobierno de Nigeria en Ogoni, Nigeria. Demandaron por hechos de ejecución extrajudicial, crímenes contra la humanidad, tortura y trato cruel, arresto arbitrario y detención, violaciones a los derechos a la vida, libertad, seguridad y asociación, exilio forzado y destrucción de la propiedad. *Ibid.*, 1-2 y 14.

<sup>54</sup> *Ibid.*, 15.

<sup>55</sup> Existe una mayor posibilidad de admisión de la demanda cuando el demandado tiene algún vínculo con los Estados Unidos, salvo que se trate de demandas respaldadas en delitos reprochados universalmente. En efecto, en algunos fallos se ha dicho que “un demandado debe tener un cierto contacto (con un foro), tal que el sustento de la demanda no ofenda ‘la noción tradicional de juego limpio y justicia sustancial’”. *International Shoe Co. v. State of Washington*, 326 US 310; *Miliken v. Meyer*, 311 US 457; *World-Wide Volkswagen corp. v. Woodsen*, 444 US 286. Estos casos fueron citados por Joseph Sarah, *Corporations and Transnational Human Rights Litigation: Human Rights Law in Perspective* (Oxford-Portland: Hart Publishing, 2004), 83.

Véase también: Randall, *Federal Jurisdiction over International Law Claims*, 219.

<sup>56</sup> La Corte indicó: “La aplicación de la presunción contra la extraterritorialidad ayuda a asegurar que el poder judicial no adopte erróneamente una interpretación del derecho de los Estados Unidos que traiga consecuencias en la política extranjera, no claramente previstas por las ramas políticas”. Corte Suprema de los Estados Unidos, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, 4-5 (traducción libre).

para las víctimas de presuntas violaciones a los derechos humanos cometidas por las CTN.<sup>57</sup>

Finalmente, el análisis de conveniencia que hace la Corte con respecto a la admisión de la demanda es otro elemento debatido. Este análisis está permeado por doctrinas del *common law*, susceptibles de ser influenciadas por el poder ejecutivo.<sup>58</sup> La superación de los obstáculos expuestos determina la agenda de los promotores de la ATCA, orientándose en el fortalecimiento y eficacia de esta. Como herramienta judicial, la ACTA brinda una reparación a las víctimas frente a los daños sufridos, pese a sus dificultades. Luego explorar la aceptación de una demanda por una corte federal es al menos una alternativa ante la ausencia de recursos domésticos en el lugar donde presuntamente se cometió la violación. De este modo, la búsqueda de una responsabilidad internacional para las CTN es desplazada por la pertinencia de una instancia doméstica.

#### *La relación entre la ATCA y el sesgo de debilidad*

La exploración de una reparación por las violaciones de las CTN en un foro distinto al lugar de su ocurrencia refleja que las tensiones entre los derechos humanos y el modelo económico de la inversión extranjera se inclinan en la protección de esta, por la correspondencia entre el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero y la ATCA. Esta herramienta jurídica, vista desde el sesgo de debilidad inserto en el derecho de inversión extranjera, permite entender los efectos regulatorios que el sesgo tiene. La arquitectura de la ATCA se identifica con las prescripciones del sesgo de debilidad, lo que contribuye con su fortalecimiento y conserva a la corporación transnacional exenta de responsabilidad internacional. En este sentido, los puentes que se crean entre la ATCA y el sesgo de debilidad favorecen el estatus privilegiado de las corporaciones transnacionales, lo que afianza las brechas entre las víctimas de violaciones de los derechos humanos y los sujetos corporativos transnacionales. Así, la ATCA y el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero se interrelacionan y actúan como un límite a la responsabilidad internacional de las corporaciones transnacionales, por tres puntos: a) las condiciones para la defensa de las CTN y

<sup>57</sup> La Corte Suprema indicó que las restricciones en la ATCA no significan desprotección para las víctimas, al existir otras alternativas. Sin embargo, esas alternativas mantienen altos estándares de conexión del demandado con los Estados Unidos. *Ibid.*, 13.

<sup>58</sup> En el caso de sistemas como el de los Estados Unidos, las cortes incorporan doctrinas del *common law* para analizar la conveniencia de admitir una demanda por razones políticas, de fluidez o conservación de las relaciones internacionales de los Estados Unidos con otro Estado. Ellas son: Act of State, Foreign Immunities Act, Forum Non Conveniens y Political Question. Joseph, *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*, 94.

las víctimas de violaciones a los derechos humanos; b) el efecto distractor de la ATCA, y c) el contraste entre dos tipos de vulnerabilidades.

El primer punto, relacionado con las condiciones de defensa de las CTN bajo el derecho de inversión extranjera y las víctimas a la luz de la ATCA, muestra que las asimetrías entre los inversionistas extranjeros y las víctimas de violaciones de derechos humanos reflejan los efectos regulatorios que consigue el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero. En este sentido, se denota cómo la soberanía regulatoria es influenciada por ese sesgo de debilidad, con lo que se logra brindar a las corporaciones suficientes garantías para defender sus derechos, sin crearles obligaciones. Los Estados celebran tratados internacionales de inversión, considerando el sesgo de debilidad a favor del inversionista, que interactúa con los intereses que este les representa. Con esta manifestación de la soberanía regulatoria, incorporan facultades excepcionales que fortalecen a las CTN en la defensa de sus derechos ante instancias internacionales, lo que constriñe su libertad regulatoria en beneficio de la aparente debilidad del inversionista. Una de esas facultades supone que los Estados persuadidos por ese sesgo le confieren al inversionista extranjero una personalidad jurídica limitada para iniciar directamente un arbitraje internacional, sin agotar recursos internos o ser sujeto de demandas internacionales.

En contraste, las víctimas de violaciones a los derechos humanos por parte de las CTN, cuando demandan bajo la ATCA, se enfrentan a un sistema doméstico extranjero con altos estándares en la admisibilidad de la demanda y en la determinación de responsabilidad. Los obstáculos para su ejercicio resguardan el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero, en la medida en que las víctimas concentran su atención en superar los obstáculos con el fin de lograr algún alivio. En este sentido, un sinnúmero de obstáculos fortalece el sesgo de debilidad a favor del inversionista porque no solo se orientan hacia el mantenimiento de este sujeto, exento de una responsabilidad internacional, sino también hacia imponer límites a su responsabilidad doméstica. De este modo, la soberanía regulatoria ha privilegiado la aparente vulnerabilidad del inversionista, limitándoles a las víctimas de violaciones cometidas por las corporaciones transnacionales herramientas jurídicas para defender sus causas.

Así, el sistema judicial estadounidense tiene el riesgo de ser influenciado por el ejecutivo durante la admisión de la demanda,<sup>59</sup> o puede declinar el conocimiento

<sup>59</sup> En el caso de sistemas como el de los Estados Unidos, el ejecutivo hace uso de doctrinas del *common law* que le permiten influenciar las decisiones de admisibilidad o de trámite de las demandas, como: Act of State, Foreign Immunities Act, Forum Non Conveniens y Political Question. *Ibid.*, 94.

de la demanda, por no establecer una suficiente conexión de la corporación con el territorio de los Estados Unidos para desplazar la presunción contra la extraterritorialidad.<sup>60</sup> Sumado a ello, en ocasiones la activación de esta herramienta es obstaculizada no solo por la rigurosidad del sistema doméstico, sino por las precarias condiciones de las víctimas, que les impide asumir los costos de representación, traslado y defensa de su integridad física, al arriesgarse a denunciar a un actor corporativo transnacional. Asimismo, la ATCA muestra que sus obstáculos resguardan las relaciones internacionales de los Estados Unidos; de allí los límites para investigar violaciones cometidas en otro Estado y la responsabilidad de las corporaciones transnacionales por violaciones a los derechos humanos.

Como segundo punto, la ATCA le presta su arquitectura al sesgo de debilidad para mantenerlo vigente y fortalecerlo, dado que juega como un distractor de la búsqueda de una responsabilidad internacional de las CTN. El sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero no solo se orienta hacia la regulación de derechos a su favor, con alcance internacional, sino a la exención de una responsabilidad internacional. En este sentido, la ATCA se identifica con el sesgo de debilidad porque suple la ausencia de una responsabilidad internacional para las corporaciones transnacionales, con ello sugiere que el ámbito doméstico es la mejor opción para responsabilizar a una compañía multinacional. Esta alternativa no es repelida por el sesgo de debilidad, pues su radio de acción se concentra en mantener al inversionista extranjero blindado ante una responsabilidad internacional. De este modo, la ATCA es un distractor que evade la necesidad de buscar una responsabilidad internacional para las CTN, puesto que muestra una vía para conseguir acciones legales contra estas. Ante esta posibilidad, los activistas y víctimas estarán atentos a superar los obstáculos que representa la activación de ese recurso judicial.

Finalmente, el punto tres, el contraste entre dos tipos de vulnerabilidades: la confrontación entre las víctimas de violaciones a los derechos humanos bajo la ATCA y el sesgo de debilidad inserto en el derecho de inversión extranjera, devela las grandes desventajas de las víctimas en relación con los privilegios conseguidos por los inversionistas, a partir de una aparente debilidad que opera a favor de estos sujetos. Estas desventajas son impulsadas por la coincidencia entre la dinámica de la ATCA frente a la responsabilidad de las CTN y el sesgo de debilidad a favor de estos sujetos. El sesgo de debilidad a favor del inversionista no implica un constreñimiento a su libertad de acción. Este no se encuentra en desventaja

<sup>60</sup> Corte Suprema de los Estados Unidos, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, Opinion of the Court No. 10-1491, 13-14.

y obligado a adoptar agendas activistas para conseguir una visibilización e inclusión legal de sus vulnerabilidades. El sesgo de debilidad influencia la soberanía regulatoria y es incorporado al derecho; los Estados persuadidos por ese sesgo consienten en crearle al inversionista extranjero un marco regulatorio internacional favorable a sus intereses que lo blindo de una responsabilidad internacional.

En cambio, las víctimas de las violaciones a los derechos humanos por parte de las CTN no son titulares de una vulnerabilidad que las fortifique contundentemente ante el derecho doméstico, y menos ante el derecho internacional. En la mayoría de los casos, los sistemas internos no avanzan en la responsabilidad civil y penal corporativa por violaciones a los derechos humanos, e internacionalmente el Estado sería el sujeto procesal. De este modo, la vulnerabilidad inherente a las víctimas que no es regulada por el Estado donde se cometió la violación, y del cual son nacionales, las enfrenta a cortes domésticas extranjeras, como ocurre con la ATCA. Con un aditivo: la estructura de su funcionamiento mantiene la vigencia del sesgo de debilidad y el estatus privilegiado de las CTN, pues fija obstáculos para conseguir una responsabilidad doméstica y distrae la búsqueda de su responsabilidad internacional. En últimas, la responsabilidad de las corporaciones transnacionales se mantiene en el ámbito doméstico, pero con grandes obstáculos para ser declarada.

Así las cosas, la activación de la ATCA muestra que la reafirmación del sesgo de debilidad a favor de un inversionista extranjero en el derecho de inversión extranjera es más efectiva que combatir la impunidad por violaciones a los derechos humanos en cabeza de las corporaciones transnacionales. La ATCA refleja la debilidad del sistema judicial de los Estados receptores de inversión, así como su aquiescencia tácita en la competencia de otras cortes para la revisión de sus actuaciones y la de particulares en su territorio. Pese a ello, el interés de los Estados en celebrar tratados internacionales de inversión extranjera no se identifica con la protección brindada a las víctimas de violaciones de derechos humanos, atribuidas a las CTN. Esto adquiere sentido a la luz de la estructura normativa del derecho de inversión, producto de la adopción del sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero. Este sesgo resguarda jurídicamente al sujeto que abriga, lo que facilita la defensa de sus intereses y su exclusión de una responsabilidad internacional. Por su parte, la dinámica de la ATCA está alineada con el sesgo de debilidad, porque conserva la responsabilidad de las CTN con un alcance interno. De este modo, mantiene el sesgo de debilidad intacto y contribuye a mantener el camino libre para ampliar su reflejo normativo. Al final, las víctimas de violaciones de los derechos humanos por parte de las corporaciones

deben luchar con la dinámica de un sistema judicial que se identifica con el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero.

### **La lectura desde las obligaciones internacionales para las CTN**

#### *Las obligaciones internacionales desde la mirada del derecho clásico*

La determinación de las obligaciones internacionales para las CTN se liga con el alcance de la voluntad de los Estados para reconocerles una personalidad jurídica internacional, así como con la exploración de una referencia expresa de las corporaciones transnacionales en instrumentos internacionales. En la determinación de obligaciones directas desde la personalidad jurídica se pretende combatir su dinámica. La personalidad jurídica, como la capacidad de un sujeto de ser titular de derechos y obligaciones, está condicionada en el ámbito internacional a la voluntad de los Estados. Estos definen qué sujetos ingresan al sistema internacional y la medida de sus derechos y obligaciones. En el caso de las CTN, su personalidad jurídica ha surgido al alinearse con la defensa de sus intereses mediante los tratados de inversión extranjera, más que en la imposición de obligaciones internacionales. La idea, entonces, de una personalidad jurídica internacional para la atribución de obligaciones sobre estos sujetos en sede internacional no está claramente perfilada.

Nowrot advierte que la dinámica creadora de la personalidad internacional de un sujeto no estatal es insuficiente para establecer obligaciones sobre las CTN. Indica que el reconocimiento de la personalidad jurídica debe responder a los objetivos perseguidos por el orden jurídico internacional, como son “la satisfacción de las necesidades y la pacificación de la vida social”, así como los cambios sociológicos en la esfera internacional. Nowrot se refiere en este punto a la promoción de “bienes públicos globales”, como la promoción y protección de los derechos humanos.<sup>61</sup> Según su postura, esta adecuación de la personalidad jurídica identificaría las “responsabilidades normativas de actores no estatales influenciables en el escenario internacional”.<sup>62</sup> Para esta adecuación, propone aplicar las presunciones normativas a la doctrina de los sujetos.<sup>63</sup> Esto supone una presunción hasta ahora no rebatida por los Estados y las organizaciones internacionales, con lo que se asume que las corporaciones con obligaciones

<sup>61</sup> Karsten Nowrot, “New Approaches to the International Legal Personality of Multinational Corporations Towards a Rebuttable Presumption of Normative Responsibilities”, 8, 9 y 11. <http://www.esil-sedi.eu/sites/default/files/Nowrot.PDF>

<sup>62</sup> *Ibid.*, 8.

<sup>63</sup> *Ibid.*, 12-13.

internacionales contribuyen a la promoción y protección de los derechos humanos, derechos laborales y los estándares sociales y medioambientales.<sup>64</sup>

La aproximación de Nowrot es valiosa puesto que adiciona un elemento en el análisis de ventajas y desventajas de los Estados cuando definen si confieren una personalidad jurídica a las CTN y de qué manera. Asimismo, es ambiciosa porque traslada a un sujeto no estatal la tesis de las presunciones normativas para atribuirle obligaciones internacionales de promoción y protección de los derechos humanos, del medio ambiente y de los derechos laborales. Sin embargo, Nowrot no es muy claro en el alcance de las obligaciones y su exigibilidad. No es descabellado suponer que existen obligaciones morales y aspiracionales en las que se espera un compromiso de todo sujeto con el respeto a los derechos humanos. Pero presumir una obligación internacional para las CTN deja de lado la seguridad jurídica o la existencia de una obligación clara expresa y exigible al momento de la comisión de una conducta. Igualmente, evade la posibilidad de un mecanismo de exigibilidad garante del debido proceso para estos sujetos, o el carácter secundario de su personalidad, que liga su personalidad jurídica y alcance con la voluntad de los Estados.<sup>65</sup> Si la imposición de obligaciones internacionales para estos actores fuese prioritaria en la agenda de los Estados, no sería necesario presumir su voluntad; es esa carencia de voluntad la que no puede presumirse.

El análisis de la existencia de obligaciones internacionales directas para las CTN contenidas en instrumentos internacionales sugiere la falta de voluntad de los Estados. En un informe de 2008, John Ruggie, quien fue delegado de las Naciones Unidas para las corporaciones, reconoció que los Estados no tienen impedimentos para establecer directamente obligaciones.<sup>66</sup> Ruggie agregó que en su rastreo no encontró instrumentos de derechos humanos con obligaciones internacionales directas para tales sujetos, sin descartar tal posibilidad en un futuro.<sup>67</sup> Frente a esta posibilidad, no es contundente al formular sus argumentos. En uno de ellos reconoce que las corporaciones son participantes en

<sup>64</sup> *Ibid.*, 25.

<sup>65</sup> Deva concibe la personalidad jurídica internacional de las CTN como secundaria, porque se deriva de los Estados. Deva, "Human Rights Violations by Multinational Corporations and International Law", 50.

<sup>66</sup> Naciones Unidas, Asamblea General, Human Rights Council, Implementation of General Assembly Resolution 60-251 of 15 March 2006, Entitled Human Rights Council "Business and Human Rights: Mapping International Standards of Responsibility and Accountability for Corporate Acts", Report of the Special Representative of the Secretary-General (SRSG) on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises, A-HRC-4-035, 9 de febrero de 2007, párr. 36.

<sup>67</sup> *Ibid.*, párr. 41-44.

el derecho internacional, al ser titulares de derechos y ciertas obligaciones. Los derechos se enmarcan en el campo de la inversión extranjera y las obligaciones se derivan de las convenciones civiles sobre daños al medioambiente.<sup>68</sup>

De acuerdo con Ruggie, el último factor es relevante para decir que las corporaciones difícilmente se conservan completamente exentas de responsabilidad en otras áreas del derecho internacional.<sup>69</sup> Sin embargo, este punto es débil porque la responsabilidad para un actor corporativo por daños ambientales está enmarcada en la categoría de “*liability*”. Por lo tanto, su causación no se deriva de un acto ilícito, sino del ejercicio de una actividad peligrosa que al causar un daño se encuadra como “objetivo”.<sup>70</sup> Es decir, la obligación de indemnizar no está condicionada a la existencia de un comportamiento culposo y tampoco corresponde a una responsabilidad internacional. Este tipo de responsabilidad es aplicable y exigible en jurisdicciones domésticas.

Más adelante, en 2013, Ruggie, en su libro *Just Business*, da cuenta de los propósitos, límites, escogencias y resultados de su mandato. Por un lado, reconoce que este era demasiado limitado, pues solo lo facultaba para identificar y clarificar estándares existentes; identificar mejores prácticas; clarificar el rol del Estado en la regulación de las empresas en relación con los derechos humanos, e investigar la noción de complicidad corporativa y las esferas de influencia de las CTN.<sup>71</sup> Del otro, Ruggie se encontró con la resistencia de los Estados y del sector empresarial; ninguno quería avanzar en la creación de un marco internacional vinculante para las CTN sobre derechos humanos. De hecho, el sector empresarial fue enfático en pedirle que dejara atrás las “normas sobre las responsabilidades de las CTN y otras empresas con respecto a los derechos humanos”, un proyecto formulado por la Subcomisión de las Naciones Unidas para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, y que reconociera explícitamente que no había necesidad de un nuevo marco internacional.<sup>72</sup>

<sup>68</sup> *Ibid.*, párr. 20.

<sup>69</sup> *Ibid.*

<sup>70</sup> Para profundizar en este tipo de daños véase: Hanquin, *Transboundary Damage in International Law*, 2003.

Para una propuesta sobre la responsabilidad de las corporaciones en Colombia por violaciones a los derechos humanos, bajo la aplicación de la tesis de responsabilidad civil por el ejercicio de actividades peligrosas, véase: Lina Céspedes Báez y Angélica María Gutiérrez, “La responsabilidad civil por actividades peligrosas: Una forma de establecer el nexo entre personas jurídicas privadas y violaciones de derechos humanos en Colombia”. *Universitas* 125 (2012): 149-186.

<sup>71</sup> Ruggie, *Just Business*, xviii.

<sup>72</sup> *Ibid.*, xvii y xx.

Sumado a ello, Ruggie, al evaluar la estructura del derecho internacional, determinó que las obligaciones en derechos humanos son en su mayoría impuestas sobre los Estados, no sobre las compañías de forma directa.<sup>73</sup> De este modo, son los Estados los encargados de hacer efectivas las obligaciones, vía doméstica. De allí que Ruggie no se muestre convencido por las interpretaciones del poder aspiracional y moral conferidas a la Declaración Universal de los Derechos Humanos como medios para disponer a las CTN obligaciones directas.<sup>74</sup> Para él, ese instrumento, como otras convenciones de derechos humanos, no establecen obligaciones directas, y señala para ello a la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención Europea de Derechos Humanos, la Carta Africana de Derechos Humanos, e incluye las convenciones de la Organización Internacional del Trabajo, que consagran obligaciones de los empleadores.<sup>75</sup> Señala, además, la ambigüedad de los intérpretes oficiales de los tratados, dado que no es claro si las responsabilidades corporativas a las que se refieren son o no vinculantes para ellas.<sup>76</sup>

A continuación, Ruggie explica que el desarrollo reciente del *hard law* más significativo para las CTN consiste en la aplicación del derecho internacional consuetudinario para las corporaciones. Ello ocurre en los casos de violaciones graves al derecho internacional (genocidio, crímenes de guerra, tortura, ejecuciones extrajudiciales), pero por la vía doméstica, como ocurre con la ATCA. No obstante, indica que su operación actual refleja grandes variaciones en la práctica nacional.<sup>77</sup> A este panorama de límites, Ruggie agrega la dinámica del derecho de inversión extranjera; sugiere que este derecho está diseñado para mantener al inversionista extranjero con una posición privilegiada. Ruggie se refiere, además, a la posibilidad que tiene este sujeto de interferir en la libertad regulatoria de los Estados, ya sea para introducir o impedir una regulación, so pena de trasladar sus inversiones o iniciar un arbitraje internacional de inversión extranjera, que en la mayoría de los casos favorece al inversionista,<sup>78</sup> además

<sup>73</sup> El objetivo de las normas consistió en imponer sobre la esfera de influencia de las compañías las mismas obligaciones en derechos humanos que los Estados tienen, y han aceptado en los tratados celebrados. A este proyecto se opusieron los empresarios; lo describieron como la privatización de los derechos humanos, transfiriendo a las compañías las obligaciones que pertenecían a los Estados. *Ibid.*, xvii. *Ibid.*, 47.

<sup>74</sup> Naciones Unidas, Asamblea General, Human Rights Council, Implementation of General Assembly Resolution 60-251 of 15 March 2006, Entitled Human Rights Council “Business and Human Rights: Mapping International Standards of Responsibility and Accountability for Corporate Acts”, A-HRC-4-035, 9 de febrero de 2007, párr. 37.

<sup>75</sup> *Ibid.*, párr. 42-43. Véase también: Ruggie, *Just Business*, 39-42.

<sup>76</sup> *Ibid.*, párr. 40.

<sup>77</sup> *Ibid.*, *Just Business*, 39-47.

<sup>78</sup> *Ibid.*, xxxiii y 86.

del interés que tienen los Estados por atraer inversión extranjera, más que por proteger los derechos humanos.<sup>79</sup> Así, Ruggie considera que el escenario actual no propicia la negociación de un tratado internacional para las CTN sobre derechos humanos.<sup>80</sup> Para ello escogió orientarse con la construcción del marco “Proteger, prevenir y remediar”.

Andrew Clapham, en cierta coincidencia con Ruggie, explora las obligaciones internacionales para las CTN. Para Clapham, la existencia de obligaciones internacionales para un sujeto no estatal se liga con el tipo de sujeto o capacidad del mismo, más que con la personalidad jurídica conferida.<sup>81</sup> Desde su postura, la personalidad de las corporaciones transnacionales no es objeto de discusión. Ella existe pero es limitada para el disfrute de ciertos derechos y la imposición de algunas obligaciones,<sup>82</sup> como ocurre con los sujetos naturales o las organizaciones internacionales.<sup>83</sup> Sin embargo, Clapham indica la ausencia de un marco de obligaciones directas para las CTN y resalta que el derecho internacional abriga a las organizaciones internacionales, y no hay impedimentos con otros sujetos.<sup>84</sup> Con todo, indica que la ausencia de una jurisdicción internacional para las corporaciones transnacionales no significa ausencia de obligaciones internacionales. Clapham se apoya, entonces, en tratados internacionales que representan para los Estados el establecimiento de responsabilidades domésticas para sujetos corporativos.<sup>85</sup>

Si se considera lo anterior, Clapham comparte la imposición de obligaciones internacionales para las CTN. Pero la confianza depositada en el ámbito doméstico es una señal de los límites del derecho internacional. Este autor reconoce

<sup>79</sup> *Ibid.*, 86-91.

<sup>80</sup> *Ibid.*, 57.

<sup>81</sup> Clapham, *Human Rights Obligations of Non-state Actors*, 69-87.

<sup>82</sup> Aquí Clapham se refiere a las acciones civiles contra las CTN bajo la ATCA.

<sup>83</sup> Clapham, “The Question of Jurisdiction under International Criminal Law over Legal Persons”, 190.

<sup>84</sup> Clapham, *Human Rights Obligations of Non-state Actors*, 31.

<sup>85</sup> Clapham relaciona la Convención de Genocidio, la Convención sobre el Derecho del Mar, la Convención de Bamako sobre la Interdicción en la Importación en África y el Control del Movimiento Transfronterizo y la Gerencia de Desechos Peligrosos dentro de África y la Convención Internacional para la Represión y Penalización del Crimen del Apartheid de 1973. Se orienta, además, por el campo de la corrupción y por el sistema de la Unión Europea, y señala la Convención Penal para la Corrupción adoptada en el Consejo de Europa, que dispone que cada Estado parte adoptará la legislación adecuada para asegurar que las personas legales puedan ser declaradas responsables por delitos penales como el soborno. Según Clapham, esta convención prueba que una persona jurídica puede ser juzgada por violar el derecho internacional en una corte nacional. Finalmente, se refiere a la convención de la OECD para combatir el soborno de oficiales públicos extranjeros en las transacciones internacionales de 1997, la cual incluye una cláusula que regula la responsabilidad de personas jurídicas. *Ibid.*, 31; Clapham, “The Question of Jurisdiction under International Criminal Law over Legal Persons”, 176.

que los Estados no tienen obstáculos para imponer a las corporaciones transnacionales obligaciones y admite, sin reconocerlo, un problema de voluntad para ello. Sin embargo, Clapham restringe ese problema a la capacidad de un sujeto de ser titular de obligaciones internacionales; con este argumento se concentra en la identificación de obligaciones indirectas para las CTN. No obstante, en este tipo de obligaciones los Estados son los sujetos internacionalmente obligados y susceptibles de ser responsables. Con ello la responsabilidad doméstica para las CTN depende de la voluntad del Estado para cumplir con el tratado. Del mismo modo, la fe depositada por Clapham en los mecanismos internos lo remite a las demandas civiles contra las compañías multinacionales ante las cortes estadounidenses, bajo la ATCA.<sup>86</sup> Clapham reconoce que la voluntad de los Estados es tímida, y en consecuencia se guía por las obligaciones indirectas y por la responsabilidad doméstica.

La lectura de las obligaciones internacionales para las CTN desde una lectura clásica se centra en la voluntad de los Estados como presupuesto de la existencia de las mismas. Tal lectura reconoce que los Estados están en libertad de imponer obligaciones a esos sujetos corporativos. Pero es la falta de esa voluntad la que exige alternativas para la determinación de algún tipo de obligaciones y responsabilidades. Esa falta de voluntad adquiere otra explicación desde el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero.

*Las obligaciones internacionales para las CTN desde el sesgo de debilidad*

Las obligaciones internacionales para las CTN encuentran en el sesgo de debilidad un límite para su desarrollo. Ese sesgo de debilidad, cristalizado en la estructura normativa del derecho de inversión extranjera, condiciona la libertad regulatoria de los Estados con respecto al inversionista extranjero. Para este sesgo es incompatible la creación de obligaciones internacionales para el inversionista extranjero con la consecuente exigibilidad.

Los Estados, influenciados por la aparente debilidad del inversionista —reflejada en la estructura normativa del derecho de inversión—, impulsan la celebración de tratados de inversión para reconocerles derechos, más que obligaciones. En ellos se reconoce la posibilidad de exigir su cumplimiento ante instancias internacionales bajo facultades excepcionales y en muchos casos sin agotar recursos internos.<sup>87</sup> Igualmente, los Estados blindan a los inversionistas

<sup>86</sup> Clapham, *Human Rights Obligations of Non-state Actors*, 244 y 252.

<sup>87</sup> Van Harten y Loughlin, “Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law”: 130.

extranjeros de cualquier responsabilidad internacional, con la sustracción en los tratados de inversión de obligaciones en su contra. De este modo, los Estados actúan influenciados por el sesgo de debilidad y conservan intacta la estructura de responsabilidad internacional. Así, mantienen en ellos la responsabilidad por la violación del tratado, en un tipo de regulación asimétrica que consagra derechos pero no obligaciones a un sujeto no parte en el tratado.

La dinámica de regulación del derecho de inversión extranjera dificulta la presunción de obligaciones internacionales para las CTN, como lo sugiere Nowrot. El derecho internacional conserva baluartes inherentes a su esencia, pese a los avances del proceso de globalización, el poder transnacional de las compañías de ese nivel y la existencia de intereses comunes a toda la comunidad. La creación de obligaciones internacionales es uno de ellos; la voluntad de los Estados es decisiva para establecer quién y bajo qué obligaciones es responsable internacionalmente. Por ello, argumentos como los de Clapham, en los que se indica que las obligaciones internacionales de un sujeto dependen de su capacidad de ser titular de derechos y obligaciones, deben incluir la soberanía regulatoria estatal. En el caso de los inversionistas extranjeros, la capacidad regulatoria de los Estados está condicionada por el sesgo de debilidad que opera a favor de estos sujetos.

En su libro *Just Business*, Ruggie alude a los límites de la soberanía regulatoria internacional de los Estados con respecto a las CTN, pero desde el sesgo de fortaleza de estas. Indica que las lagunas regulatorias entre los derechos humanos e inversión extranjera son resueltas a favor de esta, dado el interés que tienen los Estados por atraer inversión, competir por la misma y por el poder de las corporaciones, ya sea por la influencia directa sobre los Estados o por la dinámica del derecho de inversión extranjera.<sup>88</sup> Sin desconocer la postura de Ruggie, puede también decirse que el sesgo de debilidad actúa al lado del sesgo de fortaleza, indistintamente de si es o no revelado. La dinámica del derecho internacional de crear derechos con exclusión de obligaciones internacionales para las CTN adquiere un mayor sentido cuando es analizada a la luz del sesgo de debilidad. Desde aquí se entiende que el constreñimiento a la libertad regulatoria de los Estados se ata a la apariencia de debilidad del inversionista extranjero, que hace incompatible la creación de obligaciones. Para este fin, el derecho internacional es el mejor escudo para las corporaciones multinacionales. El derecho de inversión extranjera tiene un sesgo estructural, alineado con la aparente debilidad del

<sup>88</sup> Ruggie, *Just Business*, xxii, xxiii y 86.

inversionista, lo que facilita el condicionamiento de las facultades regulatorias del Estado, bien sea por el sistema de adjudicación internacional de inversión extranjera o por el tipo de provisiones usadas para someter a revisión internacional la soberanía regulatoria de los Estados.

En tal sentido, el poder de ese sesgo de debilidad sugiere que argumentos realistas como los de Vázquez no son inapropiados, pero podrían adicionarse con el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero. Vázquez indica que la estructura dominante del derecho internacional mantiene a los Estados directamente obligados. Por tal razón, el derecho internacional regula indirectamente a los actores no estatales, y excepcionalmente de forma directa, como ocurre con la responsabilidad penal internacional. Vázquez agrega que la imposición de obligaciones directas para las CTN pone en riesgo la concentración de poder en los Estados, pues estos no quieren perder el control efectivo sobre el cumplimiento de sus obligaciones.<sup>89</sup> Sin embargo, desde el sesgo de debilidad, los límites para regular a las CTN descansan en el condicionamiento que sufren los Estados, más que en su interés por mantener una posición dominante en el derecho internacional. Ello no significa que los Estados renuncien a tal interés; este se mantiene, pero con una explicación adicional. Bajo el sesgo de debilidad, los inversionistas son aparentemente débiles e incapaces de resistir por sí solos el poder regulatorio de los Estados; esto crea la necesidad de proteger al pez pequeño de la relación, lo que asegura la defensa de sus intereses, más que su constreñimiento.

#### CONCLUSIONES

El sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero no explica los límites a la responsabilidad internacional de las CTN con el interés de los Estados por mantener una posición internacional dominante, justificada en la necesidad de contener a sujetos poderosos. Desde la lógica de ese sesgo, las corporaciones no son una amenaza para los Estados, son sujetos aparentemente débiles frente al pez grande. En consecuencia, el sesgo de debilidad constriñe la voluntad regulatoria de los Estados, y prescribe la regulación de derechos con exclusión de obligaciones internacionales para el inversionista, lo que pone sobre la mesa las causas subyacentes que influyen en la soberanía regulatoria de los Estados con respecto a las CTN. Ello resalta el poder de un sesgo de debilidad, construido

<sup>89</sup> Vázquez, "Direct vs. Indirect Obligations of Corporations Under International Law", 930, 934 y 950.

sobre una realidad distorsionada para modelarle a un sujeto una identidad a través del poder normativo del derecho.

La aparente debilidad que acompaña al inversionista extranjero lo mantiene como un sujeto privilegiado frente al poder regulatorio de los Estados. Gracias a su aparente debilidad, su estatus limitado en el derecho se conserva en su beneficio, pues tal apariencia hace incompatible la creación de obligaciones internacionales para este sujeto, con una consecuente responsabilidad internacional.



## CONCLUSIONES GENERALES

El objetivo de este libro consistió en revelar la existencia de un sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero en el derecho de la inversión extranjera, sesgo que actúa como un límite a la responsabilidad internacional de las CTN. La construcción de la noción del sesgo se apoyó en los estudios de género y en la teoría *queer*, dada la carencia de un desarrollo del mismo en el derecho de la inversión extranjera. Las aproximaciones de género permiten comprender cómo el derecho adopta estructuralmente un sesgo de debilidad sobre las mujeres, indistintamente de si este corresponde o no con la realidad, confiéndole efectos distributivos en términos de poder y recursos. La mirada del movimiento *queer* defiende la multiplicidad de identidades paralelas alrededor de un sujeto. En relación con el inversionista extranjero, esto significa la posibilidad de ser reconocido con una identidad construida bajo el sesgo de fortaleza y el sesgo de debilidad, sin que necesariamente la identidad alrededor de la apariencia de debilidad sea real.

El sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero se gestó a partir de una percepción de debilidad. Sin embargo, esta solo podía representarle meras expectativas; por ello, el inversionista encontró en el derecho de inversión extranjera la mejor plataforma para imprimirle un sesgo estructural, moldeándole una identidad jurídica alrededor de su aparente debilidad. Esto supone que el poder normativo y autoritario del derecho legitima la adopción de sesgos contruidos a partir de percepciones. Gracias a esa adopción, el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero es la esencia vital o ADN del derecho de inversión extranjera. Ello no solo ha ocurrido por la intervención de los Estados como los principales creadores del derecho, sino por los diferentes actores que mediante el lenguaje normativo del derecho contribuyen a modelar la identidad jurídica del inversionista extranjero alrededor de su presunta debilidad. Esto supone que los alcances del sesgo de debilidad se deben a su cristalización en el marco normativo y al uso dado al mismo en la práctica. En esta última situación, el radio de acción del sesgo de debilidad se amplía o restringe, dependiendo de la aproximación de los intérpretes al sesgo estructural del derecho de inversión extranjera.

El sesgo de debilidad ha salido victorioso, incluso en momentos cruciales liderados por los Estados en desarrollo a causa del descontento con las CTN, tal

como ocurrió con el Código de Conducta de las Naciones Unidas para las corporaciones. Por primera vez, un instrumento internacional propuso la creación de obligaciones internacionales para las corporaciones transnacionales con alguna exigibilidad, mediante un instrumento con alcance multilateral y con un número considerable de áreas. El fracaso del Código le permitió al sesgo de debilidad preparar el terreno para su retorno fortalecido en los años noventa, al multiplicar su reflejo normativo en el universo de tratados internacionales de inversión, en especial los tratados bilaterales de inversión. Desde allí, los Estados se enfocan en brindarle al inversionista extranjero confianza y estabilidad con respecto a las condiciones jurídicas internas, más que constreñimiento. Los Estados, independientemente de la evidencia o distorsión de ese sesgo, actúan bajo sus prescripciones. Ese sesgo se alinea con diferentes justificaciones para mantener el estatus de las corporaciones transnacionales limitado, ya sea con las razones de competitividad, administración de riesgos para su atracción, superación de crisis y la naturaleza o el carácter benévolo de los sujetos corporativos. Así, el sesgo de debilidad consigue superponerse a la capacidad regulatoria de los Estados. Estos, más que librar batallas para imponerles una responsabilidad internacional a las CTN, coinciden en una protección internacional para el inversionista extranjero.

Ahora bien, los alcances del sesgo de debilidad no solo deben limitarse al derecho de inversión extranjera. El sesgo de debilidad se expande a otras áreas para fortalecerse y ampliar su marco de acción. Luego, la responsabilidad internacional de las compañías multinacionales no es un problema exclusivo del hecho ilícito internacional, de la personalidad jurídica, de la Alien Tort Claims Act, de las políticas de la Responsabilidad Social Corporativa o de la existencia de obligaciones internacionales. Más allá de la coherencia de cada una de esas aproximaciones, el problema de la responsabilidad internacional de las CTN debe incorporar el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero. Al tomarse esta aproximación en serio, se dejaría de asumir que la responsabilidad internacional de estos sujetos es un tema de resorte de la voluntad estatal o del carácter irrenunciable de ciertos pilares del derecho internacional. Explorar el poder de ese sesgo de debilidad significa indagar en las causas subyacentes de la soberanía regulatoria de los Estados y desprenderse de la falsa cortina de neutralidad del derecho. Con ello se analiza la capacidad del derecho para construir identidades jurídicas con mayores o menores privilegios, en correspondencia con los sesgos que adopta sobre un sujeto.

En apoyo de lo anterior, estudiar con detenimiento el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero como límite a la responsabilidad internacional de las CTN supone cuestionar su marco de operación en el derecho internacional. Este escenario es la plataforma de empoderamiento de ese sesgo y su principal aliado. Desde la gestación del sesgo en el período imperialista, los Estados han depositado en el derecho internacional el afianzamiento de la aparente debilidad del inversionista. Este escenario le presta todos sus atributos para mantener su poder y vigencia, al menos por dos razones.

En primer lugar, la regulación moderna de la inversión extranjera se apoya en tratados de inversión, en tratados de libre comercio con capítulos de inversión o en tratados regionales de inversión extranjera. En el universo de acuerdos internacionales de inversión, en especial de tratados bilaterales de inversión, se incorporan estándares de tratamiento, con los cuales se someten a revisión las facultades regulatorias ejercidas por los Estados. Esos estándares tienen parámetros de análisis que están permeados por el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero. El análisis que hacen los tribunales de arbitramento se encuentra con ese sesgo de debilidad de forma inevitable e irrenunciable. Así, en ese encuentro hay una tendencia a privilegiar la protección al inversionista extranjero como respuesta al sesgo estructural que adopta el derecho de la inversión extranjera. Esta dinámica de funcionamiento se favorece por el principio de derecho internacional según el cual la licitud de una medida en derecho interno no es presupuesto de su licitud en el derecho internacional.<sup>1</sup> Es decir, los árbitros no están atados a las decisiones internas adoptadas por el Estado, incluso si son lícitas. El derecho interno, bajo el lente de un juez internacional, es asumido como un hecho. Así las cosas, el derecho internacional tiene sus propias reglas de control, las cuales interactúan con el sesgo de debilidad y favorecen al inversionista extranjero.

En segundo lugar, el sesgo de debilidad encuentra en el derecho internacional un sistema de adjudicación internacional a favor del inversionista extranjero. Bajo ese sesgo de debilidad, el inversionista no está lo suficientemente protegido en las cortes domésticas, ya sea por la presunción de su falta de imparcialidad o de garantías, a la luz del sesgo de debilidad. El derecho internacional le provee al inversionista un mecanismo de adjudicación soportado en un marco

<sup>1</sup> Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su 53º período de sesiones (A/56/10), y anexo por la Asamblea General en su Resolución 56/83 de 12 de diciembre de 2001, artículo 3º.

regulatorio que le confiere una personalidad jurídica alineada con su aparente debilidad. Por excelencia, ese sistema de adjudicación<sup>2</sup> es consentido por una decisión soberana reflejada en los tratados de inversión extranjera, con efectos generales. Esto consigue que el derecho internacional sea el mejor paraguas de protección para cualquier inversionista que cumpla con las condiciones para presentar la reclamación.<sup>3</sup> Así, estos tratados evitan que los Estados escapen al control de sus acciones, aduciendo su soberanía.

El uso dado al derecho ha sido decisivo para modelarle al inversionista una identidad jurídica privilegiada. La aparente debilidad que lo acompaña ha permeado el derecho de inversión extranjera y áreas angulares para la regulación de su estatus internacional, aunque en principio solo logremos identificar a este sujeto no estatal desde un sesgo de fortaleza. Somos observadores pasivos y activos del fortalecimiento del sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero, así como de sus implicaciones en el debate de la responsabilidad internacional de las CTN. Esto nos lleva a repensar ese debate a fin de superar los derroteros de su formulación actual, yendo más allá del mero carácter voluntario del derecho internacional, de la solidez de ciertas instituciones o del carácter neutral del derecho.

<sup>2</sup> Gus Van Harten distingue el arbitraje de inversión basado en un tratado de otras formas de arbitraje de inversión. Esas distinciones dependen de la forma como el Estado preste su consentimiento. Hay tres posibilidades: por contrato, por la legislación doméstica o por medio de un tratado. Cuando el Estado consiente por medio de una cláusula en un contrato actúa como si fuera un particular en una relación comercial con otro particular; es decir, el Estado actúa en su capacidad privada. Cuando se trata de una ley, el Estado lo que hace es proferir una ley en la cual le autoriza al inversionista extranjero promover un arbitraje de inversiones, con el Estado, en un arbitraje internacional. En cambio, cuando se trata de un tratado, el Estado consiente que las disputas en materia de inversiones se llevarán mediante un arbitraje internacional. En las dos últimas situaciones, el consentimiento es dado de forma general. Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, 24.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 63.

ANEXO

TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN EXTRANJERA  
CELEBRADOS EN LOS AÑOS NOVENTA

| TBI  | Referencia derecho internacional   | Trato nacional  | Expropiación  | Trato justo y equitativo   | Solución de diferencias   | Aspectos relevantes  |
|--|--|---|---|--|---|--|
| <p>Venezuela - Alemania<br/>96 celebración<br/>98 vigencia</p> | <p>Artículo 7. Si de las disposiciones legales de una de las Partes Contratantes o de las obligaciones emanadas del Derecho Internacional no contempladas en el presente Tratado actuales o futuras, entre las Partes Contratantes, resulta una reglamentación general o especial en virtud de la cual deba concederse a las inversiones de los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante un trato más favorable que el previsto en el presente Tratado, dicha reglamentación prevalecerá sobre el presente Tratado, en cuanto sea más favorable.</p> | <p>1. Ninguna de las Partes Contratantes someterá en su territorio a las inversiones que sean propiedad de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante o estén bajo su control efectivo a un trato menos favorable que el que se conceda a las inversiones de sus propios nacionales y sociedades [...].</p> | <p>La indemnización deberá responder al valor de la inversión inmediatamente antes de la fecha de hacerse pública la expropiación, la nacionalización o medida equiparable efectiva o inminente. La indemnización deberá abonarse sin demora y devengará intereses hasta la fecha de pago según el tipo de interés comercial normal; deberá ser efectivamente realizable y transferible en moneda de libre convertibilidad.</p> | <p>Artículo 2.1. [...] En todo caso, tratará a las inversiones justa y equitativamente, según las reglas y principios generalmente reconocidos por el derecho internacional.</p> <p>(3) Ninguna de las partes contratantes obstaculizará en su territorio la administración, la utilización, el uso, o el goce de las inversiones de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante, a través de medidas arbitrarias o discriminatorias.</p> | <p>Artículo 10.1. Las controversias, en lo posible, serán amigablemente dirimidas entre las partes en la controversia.</p> <p>2. Si una controversia no pudiere ser dirimida dentro del plazo de seis meses contado desde la fecha en que una de las partes en la controversia la haya hecho valer, será sometida a petición del nacional o de la sociedad a un procedimiento arbitral. En la medida en que las partes en la controversia no lleguen a un arreglo en otro sentido, la controversia se someterá a un procedimiento arbitral conforme al Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a inversiones [...].</p> | <p>-Al igual que en el caso del Perú, el tratado conservó en el estándar de trato nacional la referencia al estándar "menos favorable" promovido por los Estados de occidente.</p> <p>-En el estándar de compensación por expropiación no se reproduce expresamente la Cláusula Hull, pero no se alejó sustancialmente en sus propósitos.</p> <p>-La cláusula de trato justo y equitativo se encontró ligada expresamente con el derecho internacional, con el aditivo de que el trato justo y equitativo se brindaría con "las reglas y principios generalmente reconocidos por el Derecho Internacional".</p> <p>-Alemania, al igual que el Reino Unido, firmó una cláusula relativa a la aplicación de otras reglas.</p> <p>-En la solución de conflictos las partes prefirieron el arbitraje internacional, pero bajo una negociación matizada. Esto supuso la posibilidad de usar mecanismos alternativos antes de acudir a las instancias internacionales.</p> |

| TBI   | Referencia derecho internacional   | Trato nacional  | Expropiación   | Trato justo   | Solución de diferencias  | Aspectos relevantes  |
|---|--|---|--|---|--|--|
| <p>Venezuela - Reino Unido<br/>95 celebración<br/>96 vigencia</p> | <p>Art 10. Si las provisiones legales de cualquiera de las Partes Contratantes o de las obligaciones emanadas del derecho internacional contempladas en el presente, o establecidas posteriormente en adición al presente Convenio, contienen una reglamentación general o especial en virtud de la cual deba concederse a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante un tratamiento más favorable que el previsto por el presente Tratado, dicha reglamentación prevalecerá sobre el presente Tratado, en cuanto sea más favorable.</p> | <p>Art 3. 1) Ninguna de las partes contratantes someterá en su territorio a las inversiones o ganancias de los inversionistas de la otra parte Contratante a un trato menos favorable que el que se le conceda a las inversiones o ganancias de un tercero.</p> | <p>Art 5. 1) Las inversiones [...] no deberán ser nacionalizadas, expropiadas o sujetas a medidas equivalentes a la nacionalización [...] en el territorio de la otra Parte Contratante excepto para [...] y con una indemnización pronta, adecuada y efectiva. El monto de dicha indemnización deberá ser equivalente al valor real de las inversiones expropiadas antes de la fecha de expropiación o antes de que la expropiación sea de inminente conocimiento público, lo que se dé primero, y se fijará una tasa de interés de mercado aplicable hasta la fecha del pago, [...] será efectivamente realizable y libremente transferible.</p> | <p>Art 2. (2) Cada una de las Partes Contratantes asegurará un tratamiento justo y equitativo para las inversiones de nacionales o de sociedades de la otra parte contratante de conformidad con el derecho internacional y gozará de protección y seguridad en el territorio de la otra Parte Contratante. Ninguna de las Partes Contratantes perjudicará en su territorio la administración, el uso, el aprovechamiento, la utilización de las inversiones de los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante a través de medidas arbitrarias o discriminatorias. Cada Parte Contratante deberá cumplir con cualquier obligación que haya incurrido en relación con las inversiones de los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante.</p> | <p>Art 8. 1) Las controversias entre un nacional o una sociedad de la otra Parte Contratante relativas a una obligación de esta última bajo el presente Tratado en relación con una inversión del primer orden que no haya sido dimidiada dentro del plazo de tres meses contado desde la fecha de la notificación escrita de la controversia, será sometida a un procedimiento arbitral internacional en caso de que el nacional o la sociedad involucrada así lo requiera.</p> | <p>- La cláusula de compensación por expropiación incluyó la referencia al estándar de compensación de la Cláusula Hull.<br/>-La provisión relativa al estándar de trato nacional respetó la referencia a un estándar "no menos favorable" para el inversionista en comparación con el nacional.<br/>-En la negociación del estándar de trato justo y equitativo se aludió a la necesidad de brindar un trato justo y equitativo, acorde con el "Derecho Internacional".<br/>-Se incluyó una cláusula denominada "aplicación de otras reglas". La cláusula señalaba que si las partes tenían obligaciones bajo el derecho internacional, presentes o futuras, adicionales al tratado, y eran más favorables a las inversiones del nacional o sociedad de la otra parte, deberían ser aplicadas.<br/>-En la solución de diferencias se privilegió el arbitraje internacional, sin establecer el agotamiento de los recursos locales como una etapa obligatoria.</p> |

| TBI  | Referencia derecho internacional   | Trato nacional   | Expropiación   | Trato justo  | Solución de diferencias  | Aspectos relevantes   |
|--|--|--|--|--|--|---|
| <p><b>Perú - Alemania</b><br/>95 celebración<br/>97 vigencia</p> | <p>Art 7. (1) Si de las disposiciones legales de una de las Partes Contratantes o de lo convenido por las Partes Contratantes, más allá de lo acordado en el presente Convenio, resultare una reglamentación general o especial en virtud de la cual deba concederse a las inversiones de los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante un trato más favorable que el previsto en el presente Convenio, dicha reglamentación prevalecerá sobre el presente convenio, en cuanto sea más favorable.</p> | <p>Art 3. (1) Ninguna de las partes contratantes someterá en su territorio a las inversiones de nacionales o sociedades de la otra parte contratante o a las inversiones en las que mantengan participaciones los nacionales o sociedades de la otra parte contratante, a un trato menos favorable que el que conceda a las inversiones de los propios nacionales y sociedades o a las inversiones de nacionales y sociedades de terceros Estados.</p> | <p>Art 4. (3) La indemnización deberá corresponder al valor de la inversión expropiada o nacionalizada inmediatamente antes de la fecha de hacerse pública la expropiación efectiva o inminente, la nacionalización o medida equivalente. La indemnización deberá abonarse sin demora y devengará intereses hasta la fecha de su pago efectivo, según el tipo usual de interés bancario; deberá de ser realizable y libremente transferible.</p> | <p>Art 2. (1) Cada una de las partes contratantes promoverá dentro de su territorio las inversiones de nacionales y sociedades de la otra parte contratante y las admitirá de conformidad con sus leyes y reglamentaciones. Cada parte contratante asegurará un tratamiento justo y equitativo para las inversiones de los nacionales o sociedades de la otra parte contratante. (2) Ninguna de las partes contratantes perjudicará en su territorio la administración, la utilización, el uso, o el aprovechamiento de las inversiones de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante, a través de medidas arbitrarias o discriminatorias.</p> | <p>Art 10. (2) Si una controversia, en el sentido del párrafo 1, no pudiera ser resuelta dentro del plazo de seis meses, contado desde la fecha en que una de las partes en la controversia la haya promovido, será sometida a petición de una de ellas a los tribunales competentes de la parte contratante en cuyo territorio se realizó la inversión. (3) La controversia podrá ser sometida a un tribunal arbitral internacional en cualquiera de las circunstancias siguientes:<br/>(a) A petición de una de las partes de la controversia, cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses, contados a partir de la iniciación del proceso judicial previsto por el apartado 2 de este artículo, o cuando exista tal decisión pero la controversia subsista entre las partes.<br/>(b) Cuando ambas partes en la controversia así lo hayan convenido.</p> | <p>- Similar a lo ocurrido con Venezuela, el tratado conservó en el estándar de trato nacional el estándar “menos favorable”.<br/>-En el estándar de compensación por expropiación no se reprodujo la Cláusula Hull expresamente, pero no se alejó de forma sustancial de la misma. Similar a lo negociado con Venezuela, se pedía que la indemnización debía corresponder al valor de la inversión inmediatamente antes de la fecha de hacerse pública la medida. Además, debía ser pagada sin demora, efectivamente realizable y libremente transferible.<br/>-La cláusula de trato justo y equitativo no se ligó expresamente al derecho internacional.<br/>-Alemania, al igual que el Reino Unido, firmó una cláusula relativa a la aplicación de otras reglas.<br/>-En la solución de conflictos las partes prefirieron el arbitraje internacional, sin excluir otras alternativas. La cláusula dispuso la posibilidad de agotar mecanismos alternativos. En caso de no funcionar, las cortes nacionales eran otra vía que podría desencadenar en el arbitraje internacional. Sin embargo, las instancias previas a esta última no eran un prerrequisito para su adopción. Las partes podrían acordarlo en cualquier momento de la controversia.</p> |

| TBI   | Referencia derecho internacional  | Trato nacional  | Expropiación  | Trato justo  | Solución de diferencias   | Aspectos relevantes  |
|---|---|---|---|--|---|--|
| <p><b>Perú - Reino Unido</b><br/>93 celebración<br/>94 vigencia</p> | <p>Art 9. Si las disposiciones legales de alguna de las Partes Contratantes o de las obligaciones emanadas del derecho internacional contempladas en el presente, o establecidas posteriormente en adición al presente Convenio, contienen una reglamentación general o especial en virtud de la cual deba concederse a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante un tratamiento más favorable que el previsto por el presente Tratado, dicha reglamentación prevalecerá sobre el presente Tratado, en cuanto sea más favorable.</p> | <p>(1) Ninguna Parte Contratante someterá en su territorio a las inversiones o ganancias de nacionales o de la otra Parte Contratante a un tratamiento menos favorable que el que se concede a las inversiones o ganancias de sus sociedades o a las inversiones o ganancias de nacionales o sociedades de otro Estado.</p> | <p>(1) Las inversiones [...] no deberán ser nacionalizadas, expropiadas o sujetas a medidas equivalentes a la nacionalización [...] en el territorio de la otra Parte Contratante excepto para [...] y con una indemnización pronta, adecuada y efectiva. Dicha indemnización, cuyo monto será equivalente al valor real de las inversiones expropiadas antes de la fecha de expropiación o antes de que la expropiación sea de inminente cumplimiento público, lo que se dé primero, y se fijará a la tasa de interés de mercado aplicable hasta la fecha del pago, [...] será efectivamente realizable, abonada sin demora y libremente transferible.</p> | <p>Art 2. (2) Cada una de las Partes Contratantes asegurará un tratamiento justo y equitativo para las inversiones de nacionales o de sociedades de la otra Parte Contratante de conformidad con el derecho internacional y gozará de protección y seguridad en el territorio de la otra Parte Contratante. Ninguna de las Partes Contratantes perjudicará en su territorio la administración, el uso, el aprovechamiento, la utilización de las inversiones de los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante a través de medidas arbitrarias o discriminatorias. Cada Parte Contratante deberá cumplir con cualquier obligación en que haya incurrido en relación con las inversiones de los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante.</p> | <p>(2) Si tal controversia no hubiese podido ser dirimida amigablemente entre las partes en un plazo de tres meses, que haya sido sometida a soluciones locales o similares, cada parte Contratante acuerda someterla al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias (de ahora en adelante “el Centro”) para la resolución por medio de la conciliación o arbitramento bajo la Convención para el Arreglo de Diferencias Relativas entre Estados y Nacionales de otros Estados abierta para su firma en Washington el 18 de marzo de 1965.</p> | <p>- La cláusula de compensación por expropiación incluyó la referencia al estándar de compensación de la Cláusula Hull.<br/>-El estándar de trato nacional respetó la referencia a un estándar “no menos favorable” para el inversionista, en comparación con el nacional.<br/>- El estándar de trato justo y equitativo no hizo alusión expresa a la necesidad de un trato justo y equitativo, acorde con el “Derecho Internacional”.<br/>- Similar al TBI negociado con Venezuela, se incluyó la cláusula de “aplicación de otras reglas”. En esta, al parecer, la falencia que existía en la referencia expresa al derecho internacional intentaba resolverse.<br/>La cláusula señalaba que si las partes tenían obligaciones bajo el derecho internacional, presentes o futuras, adicionales al tratado, y eran más favorables a las inversiones del nacional o sociedad de la otra parte, deberían ser aplicadas.<br/>-La solución de diferencias privó al arbitraje internacional, sin establecer como obligatorio el agotamiento de los recursos locales. Se pedía un intento de solución amigable de las diferencias; si pasados los tres meses a partir de la consulta no se llegaba a un acuerdo, era posible iniciar un arbitraje.</p> |

| BIT   | Derecho internacional | Trato nacional   | Expropiación  | Trato justo   | Solución de diferencias   | Aspectos relevantes   |
|---|-----------------------|--|---|---|---|---|
| <p><b>Perú - Francia</b><br/>93 celebración<br/>96 vigencia</p> |                       | <p>Artículo 4. Cada Parte Contratante otorga, en su territorio y en su área marítima, a los nacionales o a las sociedades de la otra parte, en lo que concierne a sus inversiones y actividades ligadas a estas inversiones, un tratamiento no menos favorable que aquel acordado a sus nacionales o sociedades.</p> | <p>Artículo 5. Las medidas de expropiación que podrían ser adoptadas darán lugar al pago de una indemnización pronta y adecuada cuyo monto, equivalente al valor real de las inversiones afectadas, será determinado con base en una situación económica normal y anterior a toda amenaza de expropiación. Esta indemnización, su monto y sus modalidades de pago serán fijadas a más tardar en la fecha de la expropiación. Será efectivamente realizable, pagada sin demora y libremente transferible. Ella producirá, hasta la fecha de su pago, intereses calculados a la tasa de interés de mercado aplicable.</p> | <p>Cada una de las Partes Contratantes se compromete a asegurar, en su territorio y área marítima, un tratamiento justo y equitativo, conforme a los principios del derecho internacional, a las inversiones de los nacionales y sociedades de la otra parte contratante, de modo que el ejercicio del derecho así reconocido no sea obstaculizado ni de hecho ni de derecho.</p> | <p>Artículo 8. (1) Toda controversia relativa a una inversión entre una parte y un nacional o sociedad de la otra Parte Contratante será amigablemente dirimida entre las partes en la controversia.<br/>(2) Si tal controversia no hubiese podido ser solucionada en un plazo de seis meses a partir del momento en que cualquiera de las partes en la controversia la hubiera planteado, será sometida, a pedido de cualquiera de las partes, al arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas (Ciadi), creado por la Convención para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados [...].</p> | <p>- El tratado conservó la referencia a un trato no menos favorable en materia de trato nacional.<br/>- El estándar de la compensación por expropiación no reprodujo expresamente el estándar de la Clausula Hull, pero no evitó asegurarle al inversionista una compensación por sus activos.<br/>- El estándar de trato justo y equitativo hizo referencia a la necesidad de brindar un trato así, acorde con “los principios de Derecho Internacional”.<br/>- No hubo cláusula de referencia al derecho internacional.<br/>- En la solución de diferencias, Francia se orientó por el camino del Reino Unido. Entonces, estableció seis meses para una solución amigable. Al término de ese periodo, si la diferencia persistía, las partes podían acudir al arbitraje internacional bajo las reglas del Ciadi. El agotamiento de instancias locales no fue mencionado en el acuerdo.</p> |

## BIBLIOGRAFÍA

### ARTÍCULOS DE REVISTAS Y LIBROS

- ABC Colombia-CAFOD, Christian Aid, Oxfam GB, SCIAF, Trócaire. *Regalándolo todo: Las consecuencias de una política minera no sostenible en Colombia*, noviembre de 2012.
- Alberts Fineman, Martha. "The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition". *Yale Journal of Law and Feminism* 20 (2008-2009).
- Alexandrowicz, Charles H. "Doctrinal Aspects of the Universality of the Law of Nations". *British Year Book of International Law* (1961).
- Álvarez, José. "Are Corporations 'Subjects' of International Law?". *New York University School of Law* (2010).
- Alviar García, Helena e Isabel Cristina Jaramillo Sierra. *Feminismo y crítica jurídica: El análisis distributivo como alternativa crítica al legalismo liberal*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes-Facultad de Derecho, 2012.
- Anaya, James. Naciones Unidas, Asamblea General, Human Rights Council Twenty-first Session, Report of the Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples, 6 de julio de 2012.
- Andreopoulos, George, Zehra Kabasakal Zehra y Peter Juviler, ed. *Non State Actors in the Human Rights Universe*. Estados Unidos: Kumarian Press, 2006.
- Anghie, Antony y Bhupinder S. Chimni. "Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflict". *Studies Transnational Legal Policy* 36, n.º 185 (2004).
- Anghie, Antony. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. Nueva York: Cambridge University Press, 2005.
- . "TWAIL: Past and Future". *International Law Community Law Review* 10 (2008).
- Asante, Samuel. "International Law and Foreign Investment: A Reappraisal". *International & Comparative Law Quarterly* 37 (1988).

- Audit, Mathias. "Investment Arbitration without BIT: Toward a Foreign Investment Customary Based Arbitration?". *Journal of International Arbitration* 29, n.º 5 (2012).
- Bandeira Galindo, George. "Martti Koskenniemi and the Historiographical Turn in International Law". *The European Journal of International Law* 16, n.º 3 (2005).
- Becker, Arnulf. "Universal International Law: Nineteenth-Century Histories of Imposition and Appropriation". *Harvard International Law Journal* 51, n.º 2 (2010).
- Bichsel, Anne. "The World Bank and the International Monetary Fund From the Perspective of the Executive Directors from Developing Countries". *Journal of World Trade* 28, n.º 6 (1994).
- Borchard, Edwin. "Minimum Standard of the Treatment of Aliens". *American Society of International Law Proceedings* 51 (1939).
- Burt, Jo-Marie. *Violencia y autoritarismo en el Perú: Bajo la sombra de Sendero y la dictadura de Fujimori*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos (IEP)-SER-Equipo Peruano de Antropología Forense (EPAF), 2011.
- Carrión, Julio, ed. *The Fujimori Legacy: The Rise of Electoral Authoritarianism in Peru*. Washington: Pennsylvania State University Press, 2006.
- Carska-Sheppard, Andrea. "Issues Relevant to the Termination of Bilateral Investment Treaties". *Journal of International Arbitration* 26, n.º 6 (2009).
- Castillo, Yadira. "La actividad del empresario extranjero en la República de Colombia: 1821-1827", en *Perspectivas contemporáneas en la investigación jurídica*, coordinado por Helena Alviar García. Bogotá: Universidad de los Andes, 2012.
- . "The Appeal to Human Rights in Arbitration and International Investment Agreements". *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* XII (2012).
- . "El rol de la empresa transnacional extractiva de petróleo en la consulta previa con las comunidades indígenas: La experiencia en Colombia". *Revista Universidad del Norte* 37 (2012).
- Céspedes Báez, Lina y Angélica María Gutiérrez. "La responsabilidad civil por actividades peligrosas: Una forma de establecer el nexo entre personas

- jurídicas privadas y violaciones de derechos humanos en Colombia”. *Universitas* 125 (2012).
- Christopher, Ryan. “Meeting Expectations: Assessing the Long Term Legitimacy and Stability of International Investment Law”. *University of Pennsylvania Journal of International Law* 29 (2007-2008).
- Clapham, Andrew y Scott Jerbi. “Categories of Corporate Complicity in Human Rights Abuses”. *Hastings International and Comparative Law Review* 24 (2000-2001).
- Clapham, Andrew. *Human Rights Obligations of Non-state Actors*. Nueva York: Oxford, 2006.
- . “The Question of Jurisdiction Under International Criminal Law over Legal Persons: Lessons from the Rome Conference on an International Criminal Court”, en *Liability of Multinational Corporations under International Law*, editado por Menno T. Kamminga y Saman Zia-Zarifi. Holanda: Kluwer Law International, 2000.
- Cosmman, Brenda. “Sexuality, Queer Theory, and ‘Feminism After’: Reading and Rereading the Sexual Subject?”. *McGill Law Journal* 49 (2004).
- Crabtree, John y Jim Thomas, ed. *El Perú de Fujimori: 1990-1998*. Lima: Universidad del Pacífico-IEP, 1999.
- Crawford, James, Alain Pellet y Simon Olleson, ed. *The Law of International Responsibility*. Estados Unidos: Oxford University Press, 2010.
- Crawford, James. *The Creation of the States in International Law*, 2ª ed. Nueva York: Oxford University Press, 2006.
- . *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*. Nueva York: Cambridge, 2002.
- Crawford, James y Martti Koskeniemi, ed. *The Cambridge Companion to International Law*. Nueva York: Cambridge University Press, 2012.
- Dawson, Frank y Burns Weston. “‘Prompt, Adequate and Effective’: A Universal Standard of Compensation?”. *Fordham Law Review* 30 (1961-1962).
- De Rivero, Oswaldo. *The New Economic Order and International Development Law*. Oxford: Pergamon Press, 1980.

- Dershowitz, Alan. "The Interdisciplinary Study of Law: A Dedicatory Note on the Founding of the NILR". *Northwestern Interdisciplinary Law Review* 1 (2008).
- Deva, Surya. "Human Rights Violations by Multinational Corporations and International Law: Where from Here?". *Connecticut Journal of International Law* 19 (2003-2004).
- Dooka, Tshepo y Joaquim de Gama. "A Tale of Two Institutions: The World Bank, the International Monetary Fund, and the Developing World". *South African Mercantile Law Journal* 14 (2002).
- Dupuy, Pierre-Marie. "Soft Law and the International Law of the Environment". *Michigan Journal of International Law* 12 (1991).
- Duruigbo, Emeka. "Corporate Accountability and Liability for International Human Rights Abuses: Recent Changes and Recurring Challenges". *Northwestern Journal of International Human Rights* 6, n.º 2 (2007-2008).
- Dworkin, Andrea. "Abortion". "Right-Wing Women". En *Law and Inequality* 1 (1983).
- Easterly, William. *The White Man's Burden*. Nueva York: The Penguin Press, 2006.
- Elkins, Zachari, Andrew Guzman y Beth Simmons. "Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties: 1960-2000". *International Organization* 60 (2006).
- Farrior, Stephanie. "State Responsibility for Human Rights Abuses by Non-State Actors". *American Society International Proceeding* 92 (1998).
- Fatourus, Arghyrios A. "An International Code to Protect Private Investment: Proposals and Perspectives". *University of Toronto Law Journal* 13 (1961-1962).
- Finley, Lucinda. "Breaking Women's Silence in Law: The Dilemma of the Gendered Nature of Legal Reasoning". *Notre Dame Law Review* 64 (1989).
- . "Transcending Equality Theory: A Way Out of the Maternity and the Workplace Debate". *Columbia Law Review* 86 (1986).
- Fiss, Owen. "What is feminism?". *Arizona State Law Journal* 26 (1994).
- Fraser, Nancy. *Iustitia interrupta: Reflexiones críticas desde la posición "postsocialista"*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, 1997.

- García Amador, Francisco V., Louis Sohn y Richard R. Baxter. *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*. Estados Unidos: Oceana Publications INC, 1974.
- García Amador, Francisco V. “The Proposed New International Economic Order: A New Approach to the Law Governing Nationalization and Compensation”. *Law American* 12, n.º 1 (1980).
- García, Carlos. “All the Other Dirty Little Secrets: Investment Treaties, Latin America, and the Necessary Evil of Investor-state Arbitration”. *Florida Journal of International Law* 16 (2004).
- Gordon, Ruth y Jon Sylvester. “Deconstructing Development”. *Wisconsin International Law Journal* 22, n.º 1 (2004).
- Groth, Lauren. “Transforming Accountability: A Proposal for Reconsidering How Human Rights Obligations Are Applied to Private Military Security Firms”. *Hasting International and Comparative Law Review* 35, n.º 29 (2012).
- Guzman, Andrew. “Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties”. *Virginia Journal of International Law* 38 (1997-1998).
- Hackworth, Green. “Responsibility of States for Damages Caused in their Territory to the Person or Property of Foreigners”. *America Journal International Law* 24 (1930).
- Halley, Ian. “Queer Theory by Men”. *Duke Journal of Gender Law & Policy* 11, n.º 7 (2004).
- Hanquin, Xue. *Transboundary Damage in International Law*. Nueva York: Cambridge University Press, 2003.
- Hansen, Robin. “The International Legal Personality of Multinational Enterprises: Treaty, Custom and the Governance Gap”. *Global Jurist* 10, n.º 1 (2010).
- Harvey, David. *A Brief History of Neoliberalism*. Nueva York: Oxford University Press, 2005.
- Hasenclever, Andreas, Peter Mayer y Volker Rittberger. *Theories of International Regimes*. Reino Unido: Cambridge University Press, 1997.

- Hernández Horacio, Adame y Martha Guadalupe Alcalá Careño. *La OPEP y la dinámica del mercado petrolero mundial*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1988.
- Hueck, Ingo. "The Discipline of the History of International Law: New Trends and Methods of the History of International Law". *Journal of the History of International Law* 3 (2001).
- Janis, Mark W. "Jeremy Bentham and the Fashioning of International Law". *American Journal of International Law* 78 (1984).
- Jessup, Philip. "The Subjects of a Modern Law of Nations". *Michigan Law Review* 45 (1946-1947).
- Johns, Fleur. "The Invisibility of the Transnational Corporation: An Analysis of International Law and Legal Theory". *Melbourne University Law Review* 19 (1993-1994).
- Joseph, Sarah. *Corporations and Transnational Human Rights Litigation: Human Rights Law in Perspective*. Oxford-Portland: Hart Publishing, 2004.
- Kennedy, David. "International Law and the Nineteenth Century: History of an Illusion". *Quarterly Law Review* 17 (1997).
- Kepros, Laurie Rose. "Queer Theory: Weed or Seed in the Garden of Legal Theory". *Law & Sexuality* 9 (1999-2000).
- Kinley, David, ed. *Human Rights and Corporations*. Reino Unido: Ashgate, 2009.
- Klabbers, Jan. "Two Concepts of International Organization". *International Organizations Law Review* 2 (2005).
- Koremenos, Barbara, Charles Lipson y Duncan Snidal. "The Rational Design of International Institutions". *International Organization* 55, n.º 4 (2001).
- Lauterpacht, Elihu. "International Law and Private Foreign Investment". *Indian Journal of Global Legal* 4 (1996-1997).
- . "The Grotian Tradition in International Law". *British Year Book of International Law* (1946).
- Lemaître Ripoll, Julieta. *El derecho como conjuro: Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2009.

- Lillich, Richard, ed. *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*. Estados Unidos: University Press of Virginia, 1983.
- Lord McNair, Q. C. “The General Principles of Law recognized by Civilized Nations”. *British Year Book of International Law* 33 (1957).
- Mearsheimer, John. “The False Promise of International Institutions”. *International Security* 19, n.º 3 (1994-1995).
- Mickelson, Karin. “Rhetoric and Rage: Third World Voices in International Legal Discourse”. *Wisconsin International Law Journal* 16, n.º 2 (1997-1998).
- Miles, Kate. “International Investment Law: Origins, Imperialism and Conceptualizing the Environment”. *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy* 21 (2010).
- Miller, Arthur. “Protection of Private Foreign Investment by Multilateral Convention”. *American Journal of International Law* 53 (1959).
- Morgan, Alexander. “The Blind Men and the Elephant: An Introduction to Multidisciplinary Legal Analysis”. *Southern California Interdisciplinary Law Journal* 1 (1992).
- Muchlinski, Peter. *Multinational Enterprises and the Law*. Reino Unido: Blackwell, 1999.
- Murakami, Yusuke. *Perú en la era del chino: La política no institucionalizada y el pueblo en busca de un salvador*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos-Center for Integrated Area Studies-Kyoto University, 2007.
- Mutua, Makau. “What is TWAIL”. *American Society International Law Proceedings* 94, n.º 31 (2000).
- Mzinkenge Chirwa, Danwood. “The Doctrine of State Responsibility as a Potential Means of Holding Private Actors Accountable for Human Rights”. *Melbourne Journal of International Law* 5 (2004).
- Naciones Unidas, Conference on Trade and Development, Investment Policy Review Peru, UNCTAD-ITE-IIP-Misc 19. Nueva York: Génova, Naciones Unidas, 2000.
- Newcombe, Andrew y Lluís Paradell. “Historical Development of Investment Treaty Law”, en *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. Holanda: Kluwer Law International, 2009.

- Nolan, Justine. "The United Nations's Compact with Business: Hindering or Helping the Protection of Human Rights?". *Queensland Law Journal* 24 (2005).
- Nowrot, Karsten. "New Approaches to the International Legal Personality of Multinational Corporations Towards a Rebuttable Presumption of Normative Responsibilities". <http://www.esil-sedi.eu/sites/default/files/Nowrot.PDF>
- Odede, A. "Survey of Treaty Provisions on the Rule of Exhaustion of Local Remedies". *Harvard International Law Journal* 18, n.º 1 (1977).
- Paust, Jordan. "Human Rights Responsibilities of Private Corporations". *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 35 (2002).
- Peet, Richard y Elaine Hartwick. *Theories of Development: Contentions, Arguments, Alternatives*, 2ª ed. Nueva York-Londres: The Guilford Press, 2009.
- Phillip, Jessup. "The Subjects of a Modern Law of Nations". *Michigan Law Review* 45 (1946-1947).
- Radin, Margaret. "Reply: Please Be Careful with Cultural Feminism". *Stanford Law Review* 45 (1992-1993).
- Ratner, Steven. "Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility". *The Yale Law Journal* 111, n.º 443 (2001).
- Rich, Adrienne. *On Lies Secrets and Silence: Selected Prose 1966-1978*. Nueva York: W. W. Norton & Company, 1979.
- Rist, Gilbert. *The History of Development: From Western Origins to Global Faith*, 3ª ed. Londres y Nueva York: Zed Books, 2008.
- Roberts, Kenneth. "Neoliberalism and the Transformation of Populism in Latin America: The Peruvian Case". *World Politics* 48, n.º 1, 1996, 82-116.
- Robinson, Patrick L. "The June 1985 Reconvened Special Session on the Code". *The CTC Reporter* 20 (1985).
- . *The Question of a Reference to International Law in the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations*. Nueva York: United Nations, ST/CTC/SER.A/1, 1986.

- Rodríguez, César y Meghan Morris Meghan, dir. *La consulta previa a pueblos indígenas: Los estándares del derecho internacional*. Bogotá: Programa de Justicia Global y Derechos Humanos-Universidad de los Andes, 2010.
- Romanetti, Antoine. “Defining Investors: Who is Eligible to Claim?”. *Journal of International Arbitration* 29, n.º 3 (2012).
- Roza, Ednei. “The IMF and the Effects of Structural Conditionality in Brazil: What is About to Happen?”. *Law and Business Review of the Americas* 14 (2008).
- Ruggie, John Gerard. *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*. Nueva York: Norton and Company, 2013.
- . Naciones Unidas, Asamblea General, Report of the Special Representative of Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises. Guiding Principles for the Implementation of the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework, “Posted for Public Review and Comment until 31 January 2011”, draft.
- . Naciones Unidas, Asamblea General, Human Rights Council, Implementation of General Assembly Resolution 60-251 of 15 March 2006, Entitled Human Rights Council “Business and Human Rights: Mapping International Standards of Responsibility and Accountability for Corporate Acts”, Report of the Special Representative of the Secretary-General (SRSG) on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprise, A-HRC-4-035, 9 de febrero de 2007.
- Ryan, Christopher. “Meeting Expectations: Assessing the Long Term Legitimacy and Stability of International Investment Law”. *University of Pennsylvania Journal of International Law* 29 (2007-2008).
- Sachs, Lisa y Karl Sauvant, ed. *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties and Investment Flows*. Nueva York: Oxford University Press, 2009.
- Sagafi, Tagi. *The UN and Transnational Corporations: From Code of Conduct to Global Compact*. Bloomington: Indiana University Press, 2008.
- Salazar, Claudia. “Applying International Human Rights Norms in the United States: Holding Multinational Corporations Accountable in the United

- States for International Human Rights Violations under the Alien Tort Claims Act”, 11 de marzo de 2004. <http://www.stjohns.edu/media/3/c704bae39d9f4e9eaaaf27e1e68b6f72.pdf>
- Sarkin, Jeremy. “La consolidación de los reclamos a las reparaciones por violaciones de los derechos humanos cometidas en el sur”. *Sur - Revista Internacional de Derechos Humanos* 1 (2004).
- Sauvant, Karl. “The Collected Documents of The Group of 77: The Third World Without Superpowers”, vol. 1, 2ª ed. Nueva York-Londres-Roma: Oceana Publications.
- Schill, Stephan. *The Multilateralization of International Investment Law*. Nueva York: Cambridge, 2009.
- . “Enhancing International Investment Law’s Legitimacy: Conceptual and Methodological Foundations of a New Public Law Approach”. *Journal of International Law* 52, n.º 57 (2011).
- Schnurmann, Claudia. “‘Wherever profit leads us, to every sea and shore...’: The VOC, the WIC, and Dutch Methods of Globalization in the Seventeenth Century”. *The Society for Renaissance Studies* 17, n.º 3 (2003).
- Schreurer, Christoph. “Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice”. *The Journal of World Investment & Trade* 6, n.º 3 (2005).
- Shachar, Ayelet. “Two Critiques of Multiculturalism”. *Cardozo Law Review* 23 (2001-2002).
- Shalakany, Amr. “Arbitration and the Third World: A Plea for Reassessing Bias under the Specter of Neoliberalism”. *Harvard International Law Journal* 41, n.º 2 (2000).
- Sinha, Prakash. “Perspective of the Newly Independent States on the Binding Quality of International Law”. *International & Comparative Law Quarterly* 14 (1965).
- Skogly, Sigrun. “Structural Adjustment and Development”. *Human Rights Quarterly* 15 (1993).
- Skovgaard Poulsen, Louge. *Sacrificing Sovereignty by Chance: Investment Treaties, Developing Countries and Bounded Rationality*. Londres: The London School of Economics and Political Science, 2011.

- Sornarajah, Muthucumaraswamy. *The International Law on Foreign Investment*, 3ª ed. Nueva York: Cambridge University Press, 2010.
- Srur, Muradu. “The International Investment Regime: Towards Evolutionary Bilateral & Regional Investment Treaties?”. *Manchester Journal International Economic Law* 1 (2004).
- Steinhardt, Ralph G. y Anthony D’Amato, ed. *The Alien Tort Claims Act: An Analytical Anthology*. Nueva York: Transnational Publishers, Inc., 1999.
- Stephen, M. Schwebel. “The Influence of Bilateral Investment Treaties on Customary International Law”. *American Society of International Law Proceedings* 98 (2004).
- Summers, Lawrence y Lant Pritchett. “The Structural-Adjustment Debate”. *Economic Development Recent Lessons* 83, n.º 2 (1993).
- Thorsen, Dag Einar. “The Neoliberal Challenge: What is Neoliberalism?”. *Contemporary Readings in Law and Social Justice* 2 (2010).
- Thu, James. “Imperialism, Colonialism and International Law”. *Buffalo Law Review* 54, n.º 4 (2007).
- Timmer, Laurens. “The Meaning of ‘Investment’ as a Requirement for Jurisdiction Ratione Materiae of the ICSID Centre”. *Journal of International Arbitration* 29, n.º 4 (2012).
- Trubek, David y Álvaro Santos. *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*. Nueva York: Cambridge University Press, 2006.
- Trubek, David y Álvaro Santos, ed. *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*. Nueva York: Cambridge University Press, 2006.
- Tulchin, Joseph y Gary Bland. *Peru in Crisis: Dictatorship or Democracy?* Washington: Woodrow Wilson Center Current Studies on Latin America-Lynne Rienner Publishers, 1994.
- Turnier, William, Pamela Johnston y David Lowery. “Redistributive Justice and Cultural Feminism”. *The American University Law Review* 45 (1995-1996).
- Van Harten, Gus y Martin Loughlin. “Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law”. *The European Journal of International Law* 17 (2006).

- Van Harten, Gus. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Nueva York: Oxford University, 2008.
- Vázquez, Carlos. “Direct vs. Indirect Obligations of Corporations under International Law”. *Columbia Journal of Transnational Law* 43 (2005).
- Weastlake, John. “The Native States of India”. *Law Quarterly Review* 26 (1910).
- West, Robin. *Género y teoría del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes-Facultad de Derecho, 2000.
- Williams, Cynthia. “Civil Society Initiatives and ‘Soft Law’ in the Oil and Gas Industry”. *International Law and Politics* 36 (2003-2004).
- Williamson, Richard. “Hard Law, Soft Law and Non-Law in Multilateral Arms Control: Some Compliance Hypotheses”. *Chicago Journal International Law* 4 (2003).
- Zamora, Javier. “Kiobel v. Royal Dutch Corp. y los litigios transnacionales sobre derechos humanos”. *El tiempo de los derechos*, n.º 4, 2011.

INFORMES DEL FONDO MONETARIO INTERNACIONAL

- Fondo Monetario Internacional, Informe Anual del Directorio Ejecutivo correspondiente al ejercicio cerrado, Washington, 1995.
- . Informe Anual del Directorio Ejecutivo correspondiente al ejercicio cerrado, Washington, 1994.
- . Informe Anual del Directorio Ejecutivo correspondiente al ejercicio cerrado, Washington, 1993.
- . Informe Anual del Directorio Ejecutivo correspondiente al ejercicio cerrado, Washington, 1992.
- . Informe Anual del Directorio Ejecutivo correspondiente al ejercicio cerrado, Washington, 1991.
- . Informe Anual del Directorio Ejecutivo correspondiente al ejercicio cerrado, Washington, 1990.
- . Informe Anual del Directorio Ejecutivo correspondiente al ejercicio cerrado, Washington, 1989.

- . (*Factsheet*), Alivio de la deuda en el marco de la Iniciativa para los Países Pobres Muy Endeudados (PPME), consultado el 18 de noviembre de 2012.
- . IMF Executive Board Concludes Article IV Consultation with Eritrea, Public Information Notice PIN 05-18, 9 de febrero de 2005.
- . IMF Executive Board Concludes 2009 Article IV Consultation with Eritrea, Public Information Notice PIN 09-133, 11 de diciembre de 2009. <http://www.imf.org/external/np/sec/pn/2009/pn09133.htm>

#### ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

- Naciones Unidas, Amendment to the draft resolution contained in document A/C.2/L.1386, A/C.2/L. 1404, 3 de diciembre de 1974.
- . Official Records of the General Assembly, Twenty Ninth Session, Second Committee Economic and Financial Questions, Summary Records of Meetings, 1638<sup>th</sup> Meeting, 25 de noviembre de 1974. Nueva York: Naciones Unidas, 1975.
  - . Report of the Commission on Transnational Corporations, Report on the Second Session, anexo IV, 1<sup>o</sup> al 12 de marzo de 1976.
  - . Transnational Corporations: Aspects of Possible Relationships between the Work on a Code of Conduct and related Work in UNCTAD and ILO, Note of the Secretariat, E/C.10/AC.2/5, 18 de julio de 1976.
  - . Department of Economic and Social Affairs, the Impact of Multinational Corporations on Development and on International Relations, E/5500/Rev. 1 ST/ESA/6, 1976.
  - . U.N. Commission on Transnational Corporations, Transnational Corporations: Issues Involved in the Formulation of a Code of Conduct, Report of the Secretariat, E/C.10/17, 20 de julio de 1976.
  - . Transnational Corporations: Views and Proposals of States on a Code of Conduct, E/C.10/19, 30 de diciembre de 1976.
  - . Transnational Corporations: Views and Proposals of States on a Code of Conduct.
  - . Selection of Persons in accordance with Paragraph 1 (d) of Economic and Social Council Resolution 1913 (LVII) to Assist the Commission, E/C.10/23, 24 de febrero de 1977.

- Work Related to the Formulation of a Code of Conduct, Report of the Intergovernmental Working Group on the Code of Conduct, E/C.10/31, 4 de mayo de 1977.
- Transnational Corporations: Certain Modalities for Implementation of a Code of Conduct in relation to its Possible Legal Nature, Report of the Secretariat, E/C.10/AC.2/9, 22 de diciembre de 1978.
- Issues Arising from Decisions taken by the General Assembly and the Economic and Social Council, Progress made toward the Establishment of the New International Economic Order: the Role of the Transnational Corporations, E/C.10/74, 16 de mayo de 1980.
- Economic and Social Council, Progress made towards the Establishment of the New International Economic Order and Obstacles that Impede it: The Role of Transnational Corporation, Resolución 1980/60, 24 de julio de 1980.
- Adoption of the Agenda and Organization of Work, E/C.10/AC.2/17, 24 de diciembre de 1980.
- Report of the Intergovernmental Working Group on a Code of Conduct on its Fourteenth Session, E/C.10/79, 26 de junio de 1981.
- Report of the Intergovernmental Working Group on a Code of Conduct on its Fifteenth, Sixteenth and Seventeenth Sessions, E/C.10/1982/6, anexo, 5 de junio de 1982.
- U.N. Commission on Transnational Corporations, Recent Developments Related to Transnational Corporations and International Economic Relations, Report of the Secretariat, E/C.10/1982/2, 16 de julio de 1982.
- Economic and Social Council, Arrangements for completing the formulation of a draft code of conduct on transnational corporations, Resolución 1982/68, 27 de octubre de 1982.
- U.N. Commission on Transnational Corporations, Completion of the Formulation of the Code of Conduct on Transnational Corporations, Information Paper on the Negotiations, Note by the Secretariat, E/C.10/1983/s/2, 4 de enero de 1983.
- Draft Code of Conduct for Transnational Corporations, Proposed by Venezuela on behalf of the Group of 77 (22 de mayo de 1981), E/C.10/1983/s/4, 21 de enero de 1983.

- Report of the Commission on Transnational Corporations on its Special Session, E/C.10/1983/s/5, 2 de junio de 1983.
- Work related to the Formulation of a Code of Conduct on Transnational Corporations and other International Arrangements and Agreements, Bilateral, regional and international arrangements on matters relating to transnational corporations, E/C.10/1984/8, 6 de febrero de 1984.
- Completion of the Formulation on the Code of Conduct on Transnational Corporations, Note by the Secretariat, E/C.10/1984/s/2, 7 de junio de 1984.
- U.N. Commission on Transnational Corporations, Work on the Formulation of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations, Outstanding Issues in the Draft Code of Conduct on Transnational Corporations, E/C.10/1985/s, 23 de mayo de 1985.
- Report of the Chairman, on behalf of the Bureau, Pursuant to General Assembly Decision 39/443, to the Commission at its Reconvened Special Session, E/C.10/1986/s/2, anexo I, 17 al 21 de junio de 1985.
- Statement of Expert Advisers at the Reconvened Special Session of the Commission, E/C.10/1986/s/2, anexo II, 17 al 21 de junio de 1985.
- Commission on Transnational Corporations: Report on the 15th session, E/1989/ 28/ Rev. 1 o E/C.10/ 1989/ 16/ Rev. 1, 5 al 14 de abril de 1989.
- Report of the Hague Symposium on the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations, E/C.10/1990/5, anexo, 15 al 16 de septiembre de 1989.
- Annex Proposed text of the Draft Code of Conduct on Transnational Corporations, E/1990/94, 12 de junio de 1990.
- Letter dated 31 May 1990 from the Chairman of the Reconvened Special Session of the Commission on Transnational Corporations to the President of the Economic and Social Council, E/1990/94, 12 de junio de 1990.
- Consejo Económico y Social, Commission on Human Rights, Prevention of Discrimination against and the Protection of Minorities. Working Paper on the Relationship and Distinction between the Rights of Persons belonging to Minorities and those of Indigenous Peoples, E/CN.4/Sub.2/2000/10.
- Asamblea General, Resolución 1803 (XVII), Soberanía permanente sobre los recursos naturales, sesión plenaria 1197<sup>a</sup>, 18 de diciembre de 1962.

- . Asamblea General, Sixth Special Session, Official Records, 2207th Plenary Meeting, A/PV.2207, 9 de abril de 1974.
- . Asamblea General, Sixth Special Session, Official Records, 2208th Plenary Meeting, 10 de abril de 1974.
- . Asamblea General, Sixth Special Session, Official Records, 2209th Plenary Meeting, 10 de abril de 1974.
- . Asamblea General, Sixth Special Session, Official Records, 2213th Plenary Meeting, 12 de abril de 1974.
- . Asamblea General, Sixth Special Session, Official Records, 2216th Plenary Meeting, Ecuador's Intervention, 16 de abril de 1974.
- . Consejo Económico y Social, Resolución 1913 LVII de 5 de diciembre de 1974.
- . Consejo Económico y Social, Report of the Session Working Group on the Implementation of the International Covenant on Economic, Cultural and Social Rights, Resolución E/1980/60.
- . Official Records of the General Assembly, Twenty Ninth Session, Second Committee Economic and Financial Questions, Summary Records of Meetings. Nueva York: Naciones Unidas, 1975, 1638<sup>th</sup> Meeting, 25 de noviembre de 1974.
- . UNCTAD. Developments in International Investment Agreements in 2005. *International Investment Agreements Monitor*, n.º 2 (2006).

#### JURISPRUDENCIA

- ADF Group Inc. v. United States of America*, Award, ARB/AF/001, 9 de enero de 2003.
- Glamis Gold, Ltd. v. United States of America*, Award, 8 de junio de 2009.
- International Court of Justice, Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion, 11 de abril de 1949.
- Marvin Feldman v. Mexico*, Award, ARB (AF)/99/1, 16 de diciembre de 2002.
- Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos*, Laudo, ARB (AF)/97/1, 30 de agosto de 2000.
- Mondev International, Ltd. v. United States of America*, Award, 11 de octubre de 2002.

*MTD Equity Sdn. Bhd and MTD Chile S.A v. Republic of Chile*, Award, ARB/01/7, 25 de mayo de 2004.

*Pope & Talbot, Inc. v. The Government of Canada*, Award, 10 de abril de 2001.

*Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. Estados Unidos Mexicanos*, Laudo, ARB (AF)/00/2, 29 de mayo de 2003.

*Texaco Overseas Petroleum Co. v. Libya. International Legal Materials* 17 (1978).

*Waste Management v. United Mexican States*, Award, ARB (AF)/00/3, 30 de abril de 2004.

Corte Constitucional, Sentencia de Tutela 880 de 2006. Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.

—. Sentencia de tutela 769 de 2009. Magistrado ponente: Nilson Pinilla.

—. Sentencia de tutela 693 de 2011. Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), caso *Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*, reparaciones y costas, 19 de noviembre de 2004.

—. Caso de la *Comunidad Mayagna v. Nicaragua*, fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2001.

—. Caso del *Pueblo de Saramaka v. Surinam*, excepciones preliminares, fondo, reparación y costas, 28 de noviembre de 2007.

—. Caso de la *Comunidad Indígena Yakeye Axa v. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, 17 de junio de 2005.

—. Caso de la *Comunidad Moiwana v. Surinam*, excepciones preliminares, fondo, reparación y costas, 15 de junio de 2005.

—. Caso de la *Comunidad indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay*, fondo, reparación y costas, 29 de marzo de 2006.

Supreme Court of the United States, Opinion of the Court 10-1491, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, 17 de abril de 2013.

Tribunal Federal de los Estados Unidos, Distrito del Sur de Florida, Martínez Banastra, caso 01-3208, Orden de sobreseimiento consolidada por falta de competencia objetiva, Miami, Florida, 29 de septiembre de 2006.

United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *John Doe v. Unocal Corporation John Imle, Roger C. Beach*. CV. 96-06959- RSWL. Decisión de 18 de septiembre de 2002, volumen 1 de 2.

United States Court of Appeals Ninth Circuit, *Sarei v. Rio Tinto*, Order and Opinion, caso 02-56256, 12 de abril de 2007.

United States District Court for the Southern District of New York, *Wiva v. Royal Dutch Shell Petroleum*, 28 de febrero de 2002.

—. *The Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy*, 2006.

#### ARTÍCULOS DE PERIÓDICOS

“Expropiación de YPF afectaría inversión en la región”. *Portafolio*, 23 de abril de 2012. <http://www.portafolio.co/internacional/expropiacion-ypf-afectaria-inversion-la-region>

“Expropiación de YPF reaviva debate sobre proteccionismo de A. Latina”. *El Espectador*, 18 de abril de 2012. <http://m.elespectador.com/economia/articulo-339522-expropiacion-de-ypf-reaviva-debate-sobre-proteccionismo-latina>

Glennie, Johnathan. “Colombia’s resistance to corporate mining excess has lessons for the world”. *The Guardian*, 14 de mayo de 2012. <http://www.guardian.co.uk/global-development/poverty-matters/2012/may/14/colombia-resistance-corporate-mining-excess>

“Lamenta FCH la decisión argentina sobre Repsol YPF”. *Conexión Total.mx*, 16 de abril de 2012. <http://conexiontotal.mx/2012/04/16/lamenta-fch-la-decision-argentina-sobre-repsol-ypf/>

“Posible nacionalización de YPF endurece amenazas de España”. *Portafolio*, 13 de abril de 2012. <http://www.portafolio.co/internacional/posible-nacionalizacion-ypf-endurece-amenazas-espana>

“Presión internacional crece sobre Argentina por caso YPF-Repsol”. *El Espectador*, 18 de abril de 2012. <http://www.elespectador.com/economia/articulo-339530-presion-internacional-crece-sobre-argentina-caso-ypf-repsol>

“Repsol acusa a Cristina de tapar su crisis con expropiación de YPF”. *El Tiempo*, 16 de abril de 2012. [http://www.eltiempo.com/mundo/latinoamerica/argentina-expropia-el-51-p\\_11580022-4](http://www.eltiempo.com/mundo/latinoamerica/argentina-expropia-el-51-p_11580022-4)

Sander, Barrie. “Kiobel: Corporate Liability under International Law”, EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law, 16 de abril de 2012. <http://www.ejiltalk.org/kiobel-corporate-liability-under-international-law/>

Scandizzo, Hernan. “Oil drilling threatens Mapuche”. *Latin America Press*, 19 de enero de 2012. <http://www.lapress.org/articles.asp?art=6540> Kritzler, Vanessa.

“UE tomará medidas contra Argentina tras expropiación de YPF”. *El Espectador*, 7 de mayo de 2012. <http://www.elespectador.com/economia/articulo-344171-ue-tomara-medidas-contra-argentina-tras-expropiacion-de-ypf>

“What This Company Did to Us: Rape and Displacement in Guatemala”. *Upside Down World*, 21 de diciembre de 2011. <http://upsidedownworld.org/main/news-briefs-archives-68/3371-what-this-company-did-to-us-rape-and-displacement-in-guatemala>

#### ENTREVISTAS

Carlos Pérez, líder del resguardo Unuma en el Vichada.

Higinio Obispo González, líder indígena del pueblo Embera y funcionario de la Organización Nacional de Indígenas Colombianos (ONIC).

Luis Fernando Arias, secretario general de la ONIC, kankuamo de la Sierra Nevada.



Este libro se  
imprimió en el 2015,  
35 años después de que el  
Comité Ejecutivo de la Universidad  
de los Andes, en el Acta del 13 de  
febrero de 1980, aprobara la creación de  
Ediciones Uniandes. Han sido 35 años de  
sostenida producción editorial de títulos  
de carácter científico, artístico y cultural,  
en los que hemos pasado de las  
galeradas y las pruebas azules a la  
impresión digital y el libro  
electrónico.



