

LA CARTA DE DERECHOS Y DEBERES ECONÓMICOS
DE LOS ESTADOS
DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO INTERNACIONAL *

JORGE CASTAÑEDA.

I. *Naturaleza jurídica del instrumento adoptado por las Naciones Unidas*

El valor jurídico de la Carta depende de varios factores que serán examinados en el siguiente capítulo, entre ellos, su contenido y las relaciones que guarda con otros instrumentos. Pero, obviamente, la naturaleza jurídica del instrumento en que quedó consagrada es la primera cuestión que debe estudiarse.

Al proponer la elaboración de una carta de derechos y deberes económicos de los Estados, el presidente Echeverría tenía en mente un instrumento obligatorio, esto es, una convención que consagrara esos derechos y deberes, aún cuando no empleó propiamente los términos “convención” o “tratado”. Sin embargo, algunas frases del discurso en que propuso la elaboración de la Carta claramente indican su propósito. Así, dijo: “Debemos fortalecer los precarios fundamentos de la economía internacional. No es posible un orden justo y un mundo estable en tanto no se creen *obligaciones y derechos* que protejan a los débiles. Desprendamos la cooperación económica del ámbito de la buena voluntad para cristalizarla en el campo del Derecho” (bastardillas añadidas).

En la propia Resolución 45 (III) que creó el Grupo de Trabajo, se dice en uno de los párrafos considerativos lo siguiente: “Tomando nota que se acentúa hoy en la comunidad internacional la urgente necesidad de establecer *normas obligatorias* que rijan en forma sistemática y universal las relaciones económicas entre los Estados.

Sin embargo, los párrafos operativos de la Resolución 45 (III) no contienen ningún pronunciamiento claro respecto de la naturaleza jurídica del documento que debía redactarse. El quinto párrafo operativo parece dejar esta cuestión a la decisión final de la Asamblea, ya que solicitó de ella que, en base del informe que le presentara la Junta de Comercio y Desarrollo y las opiniones de los gobiernos, “resuelva sobre la oportunidad y *procedi-*

* Tomado del artículo del autor publicado en el libro. *Justicia económica internacional*, México F. C. E., 1976, pp. 84 a 120

miento para la redacción y adopción de la Carta". Como es sabido, la Asamblea decidió incorporar la Carta en una declaración, que es uno de los tipos de resoluciones que adopta la Asamblea. Estas resoluciones no tienen, por sí mismas, carácter obligatorio.

No es fácil determinar, en algunos casos concretos, las ventajas y desventajas que presentan las declaraciones y las convenciones. Como ocurre con tanta frecuencia en las relaciones internacionales, se oponen aquí lo posible y lo deseable. Por supuesto, la razón principal por lo que la Carta no se incluyó en una convención obligatoria fue la oposición definitiva y total de los países industrializados. No hubiera tenido sentido para los países en desarrollo un tratado universal que no fuera suscrito por los Estados industrializados, ya que, como se indicó, su principal interés radica en vincular precisamente a esos países mediante un sistema de reglas que consagren nuevos derechos y obligaciones. Claro está que desde un punto de vista ideal hubiera sido preferible que la Carta constituyera una convención, ya que éste es el verdadero instrumento obligatorio. Pero este esquema teórico no refleja toda la realidad. En todo caso, para apreciar la situación real, precisa destacar varias consideraciones.

La primera se refiere a la natural lentitud del proceso de elaboración de los tratados. La formulación y consagración de reglas internacionales mediante tratado es siempre un proceso prolongado. Hace falta la decantación gradual de conceptos, la aceptación paulatina por la opinión pública y por los gobiernos de las normas internacionales. Si bien esta última consideración es aplicable tanto al tratado como a la declaración, en el caso del primero los Estados son naturalmente más cautelosos para aceptar nuevas disposiciones internacionales en vista del carácter formalmente obligatorio del instrumento.

Numerosos ejemplos ilustran la lentitud normal de la codificación de normas internacionales por tratado. Así, la Declaración de los Derechos del Hombre tardó entre dos y tres años en redactarse. Pero, desde que la Asamblea general la adoptó en 1948, comenzó la elaboración de los pactos obligatorios de derechos humanos y ese largo proceso aún no culmina hoy en día, después de 27 años, ya que aún no han entrado en vigor los dos pactos que se abrieron a la firma en 1965, porque todavía no se reúne siquiera el número de ratificaciones necesario para que entren en vigor. La redacción misma de los pactos tardó 17 años. La primera fase de la codificación del derecho del mar se inició en las Naciones Unidas en 1948 y culminó hacia la mitad de la década de los setentas, cuando entraron en vigor las cuatro Convenciones suscritas en Ginebra en 1958. Como es sabido, la segunda fase, o sea la revisión de esas Convenciones, empezó desde 1967 y a estas fechas aún no se concluye el tratado respectivo. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados tardó 18 años en elaborarse y todavía no empieza a regir hoy en día,

6 años después de abrirse a la firma. La codificación del Derecho Diplomático y del Derecho Consular por las Naciones Unidas duró entre ocho y catorce años. Quizá la labor de codificación más veloz de normas internacionales haya sido, hasta ahora, la importante Declaración de Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad entre los Estados, que se inició en 1963 y culminó en una declaración solemne de la Asamblea General en 1970. Pero, como se indica, se trata de una declaración y no de un convenio. Por supuesto, la declaración que contiene la Carta de derechos y Deberes Económicos de los Estados tardó aún menos. Se inició en 1972 y concluyó a fines de 1974.

Tratándose de materias tan complejas y controvertidas como las que comprende la Carta, es de suponer que el proceso de negociación de una terminología precisa y detallada, propia de tratado, hubiera sido considerablemente más largo y difícil. Parece, por otra parte, que la declaración se presta especialmente a la enunciación de principios relativamente amplios y de reglas y de disposiciones de carácter general, que no enuncian obligaciones detalladas, particulares y concretas, como ocurre con la Carta. Se estima, por todo ello, que la adopción de la Carta mediante una declaración solemne de la Asamblea General, de manera semejante a lo que ocurrió con la citada Declaración sobre las Relaciones de Amistad entre los Estados, permitirá que la Carta empiece a tener vigencia real en un plazo relativamente breve y a ejercer un impacto cierto en la vida internacional.

Por lo demás, nada impedirá que más adelante se celebren varias convenciones dentro del marco general de la Declaración aprobada por la Asamblea General, respecto de los temas concretos que se presenten a ello. Así, se ha pensado en sendos códigos internacionales de conducta que regulen las actividades de las empresas transnacionales y que faciliten la transferencia de ciencia y tecnología, en convenios bajo los auspicios de GATT que favorezcan el comercio de los países en desarrollo, etcétera.

Por otro lado, no sería del todo exacto sostener, en forma esquemática y dogmática, que la declaración nunca es obligatoria, mientras que la convención sí lo es. La cuestión del valor jurídico de las declaraciones es una cuestión muy compleja en la que caben numerosos matices y grados, cuyo examen no podría llevarse a cabo dentro de las limitaciones de este artículo. Pero puede aventurarse, sin temor de ser objetado, que el valor jurídico de las declaraciones solemnes de la Asamblea General depende en gran parte del contenido de las mismas. No tiene igual fuerza jurídica una declaración que tenga por contenido un pronunciamiento particular sobre una cuestión política o económica concreta, que una declaración que pretenda enunciar y expresar principios generales de derecho o reglas consuetudinarias. Además del contenido jurídico mismo, otras circunstancias que permitan apreciar la intención y

voluntad de los Estados que aprueban la declaración también son pertinentes para evaluar su grado de juridicidad. No es insólito que tales circunstancias y los mismos términos empleados demuestren en forma fehaciente que los Estados, al emitir un voto positivo, manifestaban su voluntad de quedar obligados por los términos de una declaración.

II. Significado jurídico de la Carta

Aparte de la cuestión de la naturaleza del instrumento y de la estrecha vinculación de la Carta con otros instrumentos, algunos existentes y otros futuros, que han de integrar en su conjunto el nuevo orden económico internacional en gestación (cuestión que no es objeto del presente estudio), la significación jurídica de la Carta depende en primer término de su contenido.

El contenido de la Carta es heterogéneo desde varios puntos de vista. Primero, por las materias tan dispares que tratan sus artículos: resguardo de la soberanía estatal, comercio, derecho del mar, asistencia financiera, etcétera. Segundo, por la diversa naturaleza de sus varias disposiciones frente al Derecho Internacional: algunas expresan *reglas consuetudinarias o principios generales de derecho universalmente aceptados*, como el artículo I (el derecho de cada Estado de elegir el régimen político, económico y social de su elección) o el artículo 32 (prohibición de la coacción); otras, como las del artículo 2 (principio de la soberanía permanente sobre los recursos naturales, nacionalización, indemnización, reglamentación de la inversión extranjera y regulación de las actividades de empresas transnacionales, tratan temas antiguos, pero recibieron en la Carta una formulación concreta más acorde con las condiciones contemporáneas y con los intereses de los Estados en desarrollo, aunque los conceptos esenciales que contienen son aceptables, en distinto grado, por todos los grupos de Estados o por algunos de ellos, por lo que *expresan en grado variable el derecho internacional vigente en esas materias*; otras disposiciones, como algunas de las que contiene el propio artículo 2, revelan que algunas concepciones o tesis tradicionales ya no benefician hoy del *opinio juris communis*, por lo que *tales concepciones no pueden considerarse ya como constitutivas de reglas internacionales vigentes*; otras más enuncian *postulados* que reflejan el propósito de la actual comunidad internacional (y en algunos casos de una parte importante de ella) de encontrar nuevas soluciones mediante la consagración de principios o normas hasta ahora inéditos, como el importante artículo 28 sobre la relación que debe existir entre los precios de las importaciones y las exportaciones de los países en desarrollo; otras más enuncian meramente *un principio general*, como la primera frase del artículo 7, según la cual "todo Estado tiene

la responsabilidad primordial de promover el desarrollo económico, social y cultural de su pueblo"; y finalmente, numerosas disposiciones constituyen meramente *una guía de conducta recomendada o la expresión de un ideal por alcanzar*.

En tercer lugar, las disposiciones de la Carta son diferentes según su grado de imperatividad, o si se quiere, según el cumplimiento que demandan del destinatario. Algunas están formuladas como verdaderas obligaciones y derechos; otras enuncian un deber general de cooperación, sin indicarse los medios para lograr el cumplimiento de ese deber; varias son más precisas a este respecto; en algunos casos, se enuncian típicas obligaciones imperfectas; e inclusive, en otras disposiciones, su redacción misma indica que se trata de recomendaciones *strictu sensu*.

En cuarto lugar, por último, los destinatarios de las disposiciones son diferentes. Algunas están dirigidas a todos los Estados; otras, exclusivamente a los Estados desarrollados; varias regulan las relaciones entre Estados desarrollados de economía de mercado y Estados socialistas; otras más se refieren sólo a las relaciones entre Estados en desarrollo; y una (en el artículo 20) alude al incremento del comercio entre Estados en desarrollo y países socialistas.

Todas esas distinciones influyen decisivamente en la naturaleza jurídica de las diversas disposiciones. Además, algunas reglas de la Carta fueron aprobadas por unanimidad, mientras otras fueron objetadas en medida variable por diversos Estados.

Por todas las razones es imposible llegar a una conclusión general pertinente sobre el valor jurídico de la Carta *en su conjunto*. Lo único posible es emitir juicios sobre la significación jurídica de sus distintas disposiciones particulares. Esto requiere un estudio detallado de sus diversos artículos, de la relación entre ellos, de la situación del derecho internacional pre-existente con respecto a la materia que contiene la disposición que se analice, y de las razones y grado de la oposición que provocaron, lo cual a veces exige examinar las circunstancias en que los distintos artículos fueron negociados y adoptados.

Para apreciar la contribución de la Carta a la evolución progresiva de un nuevo derecho económico internacional, es preciso examinar especialmente dos grupos de disposiciones: primero, las que se relacionan con la salvaguardia de la soberanía estatal, comprendidas sobre todo en el artículo 2; y segundo, las que conciernen de manera más directa a la cooperación internacional, esto es, aquellas que postulan los deberes esenciales de los Estados desarrollados frente a los países en desarrollo. Estas últimas se refieren sobre todo al deber de cooperar en el terreno financiero (artículos 17 y 22), a la transferencia de ciencia y tecnología (artículo 13), al trato preferencial en el comercio a los países en desarrollo (artículo 18), y en otros campos (artículo 19).

Otros artículos también tratan estos temas, pero sus aspectos más relevantes son los comerciales, o los económicos en general; serán objeto de otros estudios en esta misma publicación. Desde el punto de vista del desarrollo del derecho internacional, las disposiciones esenciales son las mencionadas. El presente artículo se contrae a esos dos grupos, y sólo en lo que atañe a sus aspectos jurídicos internacionales.

III. *Las disposiciones que salvaguardan la soberanía estatal*

1) *Generalidades*

Las cuestiones tratadas en el artículo 2 fueron las más controvertidas. Se dedicó más tiempo a su discusión y se desplegaron mayores esfuerzos en su negociación que respecto de cualquier otro tema. A pesar de ello, no se pudo llegar a un acuerdo básico. Sin embargo, puede afirmarse que el debate fue altamente provechoso. Por primera vez se examinaron a fondo, en un grupo intergubernamental ampliamente representativo de todos los intereses y opiniones, dedicado precisamenente a la formulación de normas jurídicas, los diversos aspectos de esta materia. El foro y el momento eran especialmente adecuados y propicios para abordarla en un contexto contemporáneo, permitiendo a los grupos de Estados que redefinieran sus posiciones a la luz de las condiciones, necesidades y postulados actuales de las relaciones económicas internacionales.

Las reglas sobre inversión extranjera y temas conexos tienen necesariamente que ubicarse, en el mundo de hoy, dentro de dos coordenadas: la primera es la necesidad de mantener y aun reforzar la soberanía del Estado, especialmente sobre sus recursos naturales; la segunda representa las exigencias de la cooperación internacional en un mundo cada vez más interdependiente.

Tales reglas no deben obstaculizar, sino por el contrario alentar, las transferencias de capital y de ciencia y tecnología que en buena parte se realizan actualmente, a través de la inversión extranjera y de la actividad de las empresas transnacionales. Incluso, se reconoce que estas transferencias son una condición para acelerar el proceso de desarrollo económico y social de todos los pueblos, pero sobre todo de aquellos que están en vías de desarrollo.

Se tiene conciencia, sin embargo, de que esta función, intrínsecamente benéfica, ha estado lejos de realizarse en la práctica sin problemas graves, y se ha advertido claramente la necesidad de regularla y limitarla. Los Estados huésped temen justificadamente que sectores esenciales de su economía queden bajo la propiedad y control de extranjeros en un grado que pueda afectar su soberanía misma, esto es, su vida político, social y cultural. El recelo

frente a la inversión extranjera se ha acentuado a últimas fechas por el temor de que sus recursos naturales puedan ser agotados por una explotación irracional y excesiva.

Los Estados en desarrollo parten del supuesto de que el primer requisito esencial para su desarrollo es mantener un control irrestricto sobre sus recursos naturales. A pesar de los imperativos de la cooperación internacional, esta premisa es correcta aun desde un punto de vista estrictamente económico. El ejercicio de la soberanía es la base misma y no la pre condición del desarrollo. Éste no puede lograrse “sino por una acción del pueblo sobre sí mismo, mediante la valorización de los recursos naturales de su territorio en su propio beneficio y conforme a sus propios objetivos, lo cual supone que el Estado puede determinarse soberanamente.¹

Pero su insistencia en ejercer soberanía permanente, libre y plena sobre su vida económica, tiene también una dimensión política e ideológica: para muchos países, sobre todo jóvenes, la soberanía es un instrumento esencial para dar al pueblo la necesaria cohesión política, económica, social y cultural, y en algunos casos, aun para integrar y construir la nación. Ésta es una realidad política de primer orden, que a menudo tiene preeminencia sobre las ventajas económicas inmediatas que podría representar el atraer capital extranjero. En todo caso, lo cierto es que se ha observado desde el fin de la última guerra una clara tendencia a reforzar el control soberano de los Estados sobre sus recursos naturales.

Al plantearse en el Grupo de los 77 el problema de determinar los objetivos esenciales que debía perseguir la Carta, se discutió si existía un dilema entre la tendencia a subrayar la cooperación internacional en favor de los países en desarrollo y la conveniencia de reforzar la soberanía estatal, sobre todo en lo que hace a la inversión extranjera. Sin que se hubiera dado una respuesta formal a esta pregunta, prevaleció en general la tesis, confirmada por la actuación del Grupo en todo el proceso de elaboración de la Carta, de que los dos objetivos eran en realidad compatibles y complementarios, y de que, en todo caso, al enunciarse el principio de la soberanía permanente y temas conexos, no era deseable, en aras de la cooperación internacional, omitir o menguar las disposiciones que permitieran al Estado ejercer un estricto control sobre las inversiones y los inversionistas extranjeros. Prevalece entre los países en desarrollo la impresión de que no sólo en el pasado, sino todavía en la actualidad, su situación de dependencia y atraso se debe en parte, más que a la falta de asistencia de los países desarrollados, a la exagerada explotación de sus recursos naturales por estos últimos y a los excesivos beneficios que obtienen de la actual estructura del comercio mundial. Esta explotación ha

¹ Virally M., “La Charte des Droits et des Devoirs Économiques des États”, *Annuaire français de droit international*, 1975.

sido posible, entre otras razones, precisamente por el insuficiente resguardo de la soberanía estatal, lo cual se debe a la desigual capacidad de negociación y también en parte a las concepciones y normas tradicionales del derecho internacional en esta materia, creadas por una práctica consuetudinaria que se ha formado al amparo de relaciones de poder desiguales.

Los intereses y la posición del Tercer Mundo se reflejan y expresan en el campo del derecho mediante un postulado básico, que por lo demás tiene carácter universal: *El derecho internacional no es fundamento de la soberanía estatal*. La soberanía, que en este contexto se identifica con la independencia, tiene un carácter inmanente y en cierto modo previo al derecho internacional. Éste reconoce y limita la soberanía estatal, pero no constituye su fundamento. Ello explica por qué los países en desarrollo se oponen a la invocación del derecho internacional al enunciar el principio de la soberanía permanente sobre los recursos. Temen que se dé así la impresión de que el ejercicio de esa soberanía y sus manifestaciones principales, como el control sobre la inversión extranjera y las actividades de las empresas transnacionales y el poder de nacionalizar, *descansan* en el derecho internacional. En otros términos, temen dar la impresión de que su capacidad para actuar en esos campos depende en cierto modo de una instancia distinta y superior a su propia voluntad soberana.

Pero una cosa es que la soberanía no tenga su fundamento en el derecho internacional y que no se invoque este ordenamiento en ese contexto, y otra muy distinta es negar que el derecho internacional pueda *limitar* la acción del Estado cuando éste afecte intereses de extranjeros o pueda constituir la base, en ciertas condiciones, de una responsabilidad internacional.

Sería sin duda una exageración decir que las disposiciones del artículo 2, aun si ahí no se invoca el derecho internacional, escapan a toda norma de derecho internacional. La Carta acepta que el derecho internacional puede actuar como factor limitativo de la libertad estatal, cuando se afectan intereses extranjeros, aunque esto no se exprese en forma explícita en el artículo 2. Pero ello se infiere jurídicamente de la articulación de otras disposiciones de la Carta con el artículo 2, esto es, disposiciones que deben ser interpretadas y aplicadas conjuntamente con dicho artículo. Esta cuestión se examinará con detalle, más adelante, al tratarse concretamente la cuestión de la inclusión o no inclusión en el artículo 2 del principio del cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales.

La cuestión general de la aplicabilidad del derecho internacional a la Carta dio lugar a cierta confusión. Algunas delegaciones del Grupo de los 77, pocas por cierto, sostenían el principio de la inaplicabilidad general internacional previamente existente a las materias de la Carta, basadas en el hecho, por lo demás obvio y cierto, de que muchas de las disposiciones de ese ordenamiento habían sido creadas en el pasado por la práctica de las grandes potencias,

antes de que numerosos Estados hubieran nacido a la vida independiente, las cuales eran en muchos casos contrarias a los intereses de los países del Tercer Mundo, sobre todo en lo que hace a materias usualmente comprendidas dentro del rubro general de la responsabilidad del Estado.

A otros participantes, incluyendo el autor de estas líneas, les parecía que esa posición, en tanto posición general y de principio, era insostenible y peligrosa para los países en desarrollo. Insostenible porque equivalía a negar la base misma del orden internacional y tendría por efecto el desquiciamiento total de la vida de relación internacional, instaurando como principio la ley del más fuerte. Y peligrosa porque numerosas reglas, que no tienen sino un origen consuetudinario, protegen sobre todo a los países débiles. El ejemplo más relevante es el deber de cada Estado de no intervenir en los asuntos internos de otros, que no está consagrado en un tratado de carácter universal.²

Una posición muy distinta, que sostenía un número mayor de representantes, consistía en negar que ciertas supuestas reglas, que en opinión de los países industriales eran reglas consuetudinarias vigentes, como aquella de que la compensación debía ser "pronta, adecuada y en efectivo", auténticamente lo fueran, ya que la práctica y la doctrina al respecto eran tan contradictorias que les faltaría el carácter de generalidad y uniformidad indispensables para la existencia de una verdadera costumbre jurídica. Tales representantes proponían el rechazo de esas formulaciones y que la Carta reflejara la posición opuesta. Pero sostenían que el Tercer Mundo no debía dar la impresión de que rechazaba por principio y en bloque la aplicabilidad del derecho internacional. De hecho, ésta fue la posición que se siguió. Al analizarse concretamente las disposiciones del artículo 2, se apreciará mejor la forma en que este asunto se resolvió.

2) *El enunciado del principio de la soberanía permanente*

El primer párrafo del artículo 2 de la Carta aprobada dice así: "1. Todo Estado tiene y ejerce libremente soberanía plena y permanente, incluso posesión, uso y disposición, sobre toda su riqueza, recursos naturales y actividades económicas."

Esta fórmula refleja la posición del Grupo de los 77. La disposición correspondiente de la enmienda al proyecto de Carta presentada por 14 Estados desarrollados (Grupo B) dice así (Doc. A/c.2/L.1404): "I. Todo Estado tiene soberanía permanente sobre su riqueza y recursos naturales, así como el derecho inalienable de disponer plena y libremente de ellos."

² La Carta de las Naciones Unidas sólo prohíbe expresamente, en el artículo 2 (7), la intervención de la Organización misma en los asuntos que pertenecen esencialmente a la jurisdicción doméstica de los miembros.

La propuesta de los países desarrollados no señala que la soberanía permanente sobre la riqueza y recursos naturales esté sujeta o sometida al Derecho Internacional, si bien sus representantes lo propusieron durante las negociaciones en más de una ocasión. Los 77 se opusieron a esa inclusión por la razón, ya indicada, de que los derechos del Estado sobre sus recursos no tienen su fundamento en una norma de Derecho Internacional, sino que dimanán directamente de la soberanía estatal, o si se quiere, no son sino una manifestación de ésta.

El término clave en el enunciado del principio es el calificativo "permanente". El concepto de soberanía permanente sobre los recursos naturales, que fue introducido en las Naciones Unidas desde 1952 y ha sido objeto de numerosas resoluciones sucesivas, nunca ha sido definido en forma precisa, pero ha llegado a adquirir con el tiempo cierta connotación esencial. Se quiere indicar con el término "permanente" que el Estado no puede llegar a perder su soberanía sobre sus recursos naturales. Si otorga concesiones a extranjeros o aun celebra tratados con otros Estados para la explotación de sus recursos, y si sobreviene un cambio de régimen político u económico o aun de legislación, tales concesiones o tratados no pueden tener por efecto hacer perder el Estado su capacidad legal para cambiar el destino de esos recursos.

Una cuestión distinta es determinar en un caso concreto si existe o no responsabilidad internacional por los daños que pudiera haber sufrido el Estado o empresa extranjera por el incumplimiento del acuerdo, si se reúnen ciertas condiciones previstas por el Derecho Internacional para que surja esa responsabilidad. Pero el Estado no puede llegar a perder la disponibilidad y control permanentes sobre sus recursos naturales. Se tenía en mente situaciones como las del Canal de Panamá o el de Suez, o la concesión que en un momento dado otorgó un mandatario africano a un particular extranjero para explotar todos los recursos naturales de su país por 99 años, o bien un acuerdo como el celebrado entre la Braden-Kennecott y el presidente Frei en 1966-1967, que no podía haber constringido una garantía que inhibiera jurídicamente al Estado chileno, al ocurrir el cambio de régimen, para nacionalizar la industria del cobre. Las obligaciones internacionales del Estado, aun convencionales y libremente asumidas, no pueden impedir que el Estado lleve a cabo, en uso de su soberanía, el cambio de sus propias instituciones.

Salvo una, las diferencias entre el texto de la Carta y la versión de los Estados industrializados (Grupo D) no tienen gran significación jurídica y reflejan más bien una cuestión de énfasis. La Carta indica que el Estado, además de que la "tiene", "ejerce" soberanía permanente, lo cual es obvio; asimismo, tal formulación señala que la soberanía incluya la "posesión, uso y disposición", lo cual también es evidente; por último, contiene, a diferencia de la del Grupo B, el término "plena" para calificar la soberanía. Este tér-

mino tiende a subrayar que esa soberanía no tiene su fundamento en el Derecho Internacional, aunque sin duda alguna no significa en este contexto que la soberanía sea “ilimitada”. En cambio, el párrafo propuesto por el Grupo B contenía un elemento útil, aunque no indispensable, que la Carta pudo haber retenido, y que no es sino un corolario del ejercicio de la soberanía permanente sobre los recursos: “el derecho inalienable de disponer plena y libremente de ellos”.

La diferencia fundamental entre las dos versiones es ésta: en la de los 77, incorporada en la Carta, la soberanía permanente del Estado se extiende sobre “toda su riqueza, recursos naturales y actividades económicas”, mientras que la del Grupo B omite la mención a las “actividades económicas” y el término “naturales” califica también a “riquezas”; en otros términos, en esa versión la soberanía permanente se extiende sobre las riquezas *naturales*, pero no sobre las riquezas que no tienen tal carácter. Esta cuestión fue objeto de largos debates. No puede negarse que la soberanía permanente del Estado se extiende sobre ciertos bienes o riquezas, como un servicio público de comunicaciones o las obras de arte, que no pueden calificarse de “riquezas naturales”. El Grupo B sostenía que el Estado podía concesionar ese servicio o vender sus bienes culturales, por lo que en esos casos la soberanía no sería “permanente”, por más que, como contestaban los países en desarrollo, lo mismo ocurría cuando el Estado otorgaba una concesión a extranjeros para explotar recursos mineros y éstos eran vendidos una vez extraídos. En definitiva no se pudo llegar a un acuerdo.⁸

El Perú propuso que se incluyeran específicamente en el concepto de soberanía permanente los recursos marítimos. Ante la imposibilidad de un acuerdo en esos momentos acerca de la delimitación de los espacios marítimos y acerca de la naturaleza jurídica de los derechos del Estado ribereño sobre la eventual zona económica que se contempla, se omitió esta mención. Pero no hay duda de que el concepto de soberanía permanente se refiere también a los recursos de toda índole, en relación con los cuales el Estado costero ejerce “derechos sobe-

⁸ El representante canadiense sostuvo en su explicación de voto (Doc. A/pv 2315) que el enunciado sobre el principio de la soberanía permanente no contiene ningún elemento que restrinja su aplicación territorial. “Por lo tanto —dijo—, queda abierta a la interpretación el hecho de que si un Estado desea transferir fuera de su territorio una parte de su riqueza, por ejemplo, mediante inversiones en las economías de otros países, tiene, no obstante, la soberanía permanente plena sobre esa riqueza. Dudo de que muchos países acepten inversiones sobre la base de estas condiciones. Francamente, no puedo asegurar que mi propio país lo hiciera.” Lo antes escrito es sólo válido desde el punto de vista de una hermenéutica excesivamente estricta. Esa interpretación no podía estar más alejada de la intención de los autores de ese enunciado, y puede destacarse del todo la hipótesis de que algún Estado la invoque, además de que se enfrentaría al obstáculo de la jurisdicción territorial del Estado huésped. En todo caso, nos parecería difícil encontrar una redacción aceptable que pudiera eliminar esa interpretación.

ranos” en la zona económica, según rezan casi todas las propuestas presentadas a ese respecto ante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

A continuación del enunciado de la soberanía permanente se dispone en el texto del artículo 2 (así como en la propuesta del Grupo B), en el párrafo 2, que “Todo Estado tiene el derecho de”: Con las diferencias que se explicarán más adelante, en ambos casos se enuncian una serie de derechos que son manifestaciones o expresión de esa soberanía permanente, o, visto el problema desde otro ángulo, consecuencias de la misma.

3. *Reglamentación de la inversión extranjera*

a) *Contenido del principio*

El primer derecho enunciado es el de reglamentar la inversión extranjera. Prácticamente se logró un acuerdo general sobre la formulación de este principio. Nadie niega el derecho del Estado de reglamentar la inversión extranjera, ni que ese derecho se ejerce básicamente mediante la promulgación de leyes y reglamentos que respondan a los objetivos de ese Estado. En la propuesta del Grupo B se indica que tales disposiciones deben ser “compatibles con sus objetivos de desarrollo”, mientras que los 77, que consideraban esa formulación demasiado restrictiva, incluyeron el concepto más amplio de “objetivos y prioridades nacionales”. Pretendía significar así que los factores políticos, sociales, culturales u otros podían ser legalmente tomados en cuenta por el Estado huésped al reglamentar la inversión extranjera.

Otra diferencia consiste en que la Carta reconoce también al Estado el derecho de “ejercer autoridad” sobre la inversión extranjera, además de “reglamentarla”. La razón es que el Estado a menudo goza de facultades discrecionales para limitar o encauzar las actividades de las empresas nacionales o extranjeras, es decir, para “ejercer autoridad” sobre ellas, a través de medidas administrativas no necesariamente previstas en disposiciones de carácter general.

b) *El principio de que el Estado no está obligado a otorgar un tratamiento preferencial a la inversión extranjera*

En las propuestas iniciales de los países en desarrollo⁴ se disponía que “ningún Estado cuyos nacionales invirtieran en un país extranjero exigirá

⁴ Informe de la cuarta Sesión del Grupo de Trabajo de 40 países (TD/B/AC.12/4, Art. 2, variante I).

tratamiento preferencial para tales inversiones". Ésta es una cuestión antigua y muy controvertida. Los países inversionistas han mantenido siempre que tienen el derecho de reclamar para sus nacionales un tratamiento más favorable al que el Estado huésped otorga a sus propios nacionales, cuando estos últimos reciben un tratamiento inferior a un llamado "minimum standard". Los países en desarrollo sostienen que el "minimum standard" es una noción periclitada, que no ha sido definida satisfactoriamente y que la práctica estatal y los precedentes jurisprudenciales y doctrinales no tienen la uniformidad y generalidad necesarias para que dicha noción pueda considerarse como verdadera costumbre jurídica constitutiva de una norma internacional. En todo caso, y sobre todo, el reclamar un trato desigual, preferencial, en favor de los los extranjeros, es contrario al principio de la igualdad soberana de todos los Estados. Nadie obliga a invertir en otros Estados. Quien lo hace, establece por ese solo hecho una "comunidad de fortuna", como decía el jurista argentino Podestá Costa desde hace casi medio siglo, entre él y el país huésped, por lo que debe aceptar los riesgos al igual que los beneficios que se deriven de su inversión.

Al margen de ese desacuerdo fundamental, los representantes de algunos países industriales, sobre todo el de Estados Unidos, insistieron en que la redacción que había sido propuesta por los 77 podía interpretarse como una prohibición a los Estados de ejercer el derecho a la protección diplomática de sus nacionales. Ciertamente, ese derecho es reconocido universalmente y es ejercido a diario por prácticamente todos los Estados. Prohibirlo significaría negar al Estado extranjero su derecho a ejercer su jurisdicción personal, lo cual equivaldría a negar su soberanía. Con objeto de evitar esa interpretación, pero sin por ello aceptar que pudiera existir un derecho a reclamar un trato preferencial en favor de extranjeros, el Grupo de los 77, a instancias de México, invirtió la formulación del concepto. En lugar de enfocar el principio desde el ángulo de la prohibición al Estado inversionista de pedir, se puso de relieve que el Estado huésped no podría ser obligado a otorgar. El principio incorporado en la Carta dice así: "Ningún Estado deberá ser obligado ("compelled") a otorgar un tratamiento preferencial a la inversión extranjera.

Es difícil apreciar hasta qué punto los Estados industriales siguen considerando como una "obligación internacional" del Estado huésped otorgar un tratamiento preferencial basado en el "minimum standard". Parecería que esta tesis, por ser de tal modo contraria al principio de la igualdad soberana, consagrado por la Carta de las Naciones Unidas como eje de las relaciones internacionales, habría sido ya abandonada. En los debates y negociaciones fueron los Estados Unidos, y en menor grado la Gran Bretaña y Alemania, los que insistieron sobre este asunto.⁵ En realidad, no hubo un voto concreto sobre

⁵ En las explicaciones de voto, sólo el Canadá se refirió concretamente a esta cuestión, en estos términos: (A/PV2315). "Mi Gobierno no cree que los inversores canadienses

este principio: la votación recayó sobre el conjunto de los párrafos 1 y 2 del artículo 2, que contienen otras cuestiones aún más controvertidas e importantes (nacionalización, compensación, etc).

La oposición en este caso es radical. Las graves implicaciones que puede tener esta cuestión en el terreno de los principios generales explica la renuncia de los países en desarrollo en aceptar que la situación del país que acoge la inversión se rija por inciertas "obligaciones internacionales", no sólo convencionales sino originadas en supuestas costumbres creadas por la práctica de una minoría de Estados, rechazada hoy por la mayoría, en todo caso obsoletas, y que tuvieran el efecto de consagrar jurídicamente la desigualdad de los Estados.

4. *La cuestión de la observancia de los acuerdos de inversión*

La propuesta del Grupo B para el artículo 2 (A/C.2/L.1404) contenía el siguiente principio:

"2. Todo Estado tiene el derecho de:

a)

b) Contraer libremente compromisos relativos a las importaciones de capital extranjero, que serán observadas de buena fe."

Este principio no fue aceptado por los países en desarrollo. La cuestión tuvo en un momento dado una importancia decisiva en la negociación de un acuerdo global sobre todas las materias que comprende el artículo 2. Se ensayaron textos más generales, a un nivel más alto de abstracción, que, sin resolver en cuanto al fondo algunas cuestiones sobre las que había desacuerdo, pudieran permitir a cada una de las dos partes (países desarrollados y países en desarrollo) seguir manteniendo sus respectivas posiciones. Aparte de que los 77 abrigaban serias dudas sobre la utilidad de fórmulas demasiado generales, que por ello difícilmente podían constituir una guía significativa para normar la conducta de los Estados, las negociaciones fracasaron en defini-

deban gozar de una posición privilegiada en las economías de los países en los que efectúan inversiones, pero sí cree que cuando un Estado huésped toma medidas en contra de las inversiones extranjeras no debería establecer discriminación las inversiones extranjeras canadienses respecto a las provenientes de otras fuentes, y que las medidas que deberían aplicarse a todas las inversiones extranjeras deben hallarse en consonancia con sus obligaciones internacionales. Cuando no se cumpliera alguno de estos requisitos, mi Gobierno se vería en la obligación de someter la cuestión al Gobierno del país huésped, en observancia de los principios pertinentes del Derecho Internacional. No podemos considerar que esto constituya una petición de tratamiento preferencial, pero no estamos muy seguros de que todos los autores de este tema compartan esta opinión. El problema que planteamos no quedó solucionado con la enmienda que se introdujo al texto."

tiva al no lograrse el consenso sobre estos acuerdos de inversión (“investment agreements”).

El primer elemento de la fórmula propuesta por el Grupo B no ofrece dificultad alguna. Es obvio que los Estados tienen el *derecho* de contraer libremente compromisos relativos a la importación de capital extranjero. El segundo elemento (la obligación puede referirse a dos cuestiones distintas: o bien la obligación de observar de buena fe esos compromisos concierne a los contraídos entre Estados, en cuyo caso tampoco habría problema alguno, o bien esa obligación se refiere a compromisos concertados entre el Estado huésped y particulares extranjeros, ya sean individuos, empresas de otra nacionalidad o empresas transnacionales. Las negociaciones arriba mencionadas llegaron a un punto muerto porque los 77 insistieron, también a instancias del autor de estas líneas, en que el texto debía indicar claramente que se trataba exclusivamente de acuerdos entre Estados, lo cual no fue aceptado por el Grupo B.

Los países en desarrollo, sin negar por supuesto que existe una obligación general para los Estados de cumplir lo que pactan, con quien quiera que sea, consideran, sin embargo, que tales acuerdos de inversión con particulares no tienen el carácter de convenios internacionales, porque no son acuerdos entre Estados, sino entre un país y una empresa extranjera, que se celebran bajo las leyes internas del Estado en cuestión. El vínculo jurídico que se establece entre Estado y empresa es un vínculo puramente de derecho interno, y el que se expresa es asimismo un contrato regido por el derecho nacional. Los países del Grupo de los 77 sostienen que tales acuerdos no tienen ningún *status* internacional, y que las empresas privadas que los celebran no son ni pueden ser sujetos de derecho internacional. En esa virtud, los países en desarrollo se negaron a aceptar la fórmula del Grupo B; creían que ello equivaldría a reconocer, primero, un *status* internacional al vínculo jurídico que se estableciera entre la empresa y el Estado, y segundo, el carácter de sujetos de derecho internacional a empresas particulares.

Es cierto que un tratado multilateral importante, celebrado bajo los auspicios del Banco Mundial sobre la protección de las inversiones extranjeras, no sólo contempla esos acuerdos de inversión entre Estados y particulares, sino que inclusive prevé —y esto es su objeto fundamental— un procedimiento obligatorio para zanjar las controversias que puedan surgir entre ellos. Para las partes en dicho tratado —poco más de 60 Estados en la actualidad, incluyendo numerosos Estados industriales que invierten en el extranjero y cierto número de países en desarrollo, aunque ningún latinoamericano— la aceptación del principio propuesto por el Grupo B no representaba ninguna obligación internacional nueva. Pero su incorporación en la Carta hubiera contribuido a darle el carácter de regla de derecho internacional general a lo que

no es sino regla convencional obligatoria sólo para un número limitado de Estados. En otros términos, hubiera significado ir aún más lejos de lo que el derecho internacional reconoce como derechos en favor de los Estados inversionistas. Para los países en desarrollo, hubiera representado un retroceso en sus esfuerzos por liberalizar las normas internacionales en materia de inversión extranjera.

La negativa de aceptar el *status* internacional del particular y el carácter de convenio internacional al acuerdo que haya celebrado con el Estado huésped no deroga, por supuesto, el derecho a la protección diplomática. El Estado del que es nacional la empresa no queda legalmente inhibido para plantear la cuestión ante el Estado en el que se hizo la inversión, en el caso de que se hubieran violado obligaciones reconocidas por el derecho internacional en contra de la empresa, como por ejemplo, ante la negativa de pagar indemnización alguna en el caso de expropiación, o ante un caso de denegación de justicia. Pero esto no significa reconocer el *status* de sujeto de derecho internacional a la empresa privada. Como es sabido, conforme a una regla de derecho internacional general ampliamente reconocida, al ejercer la protección diplomática, la controversia se plantea entre el Estado que la ejerce y el otro Estado, a nivel inter-estatal. Cuando se llega a esta fase, no se trata ya de un conflicto u oposición entre el Estado y la empresa, sino de una controversia internacional entre dos Estados.

Naturalmente, el hecho de que existe una verdadera controversia internacional no significa necesariamente que ésta *deba* ser resuelta por una instancia o un tribunal internacional. Éste es un problema distinto, de procedimiento, de método de soluciones pacíficas. Desde luego, puede afirmarse que no existe una regla de derecho internacional general según la cual todo Estado está obligado a resolver sus controversias acudiendo a un tribunal arbitral, a la Corte Internacional de Justicia o a cualquier método obligatorio de solución. Conforme a la Carta de las Naciones Unidas, la solución tendrá que obtenerse por medios pacíficos; pero más allá de este principio universal, no sería posible invocar una regla general. El método de solución dependerá de las relaciones y obligaciones que puedan existir entre las partes a ese respecto: habría que saber si los Estados en cuestión, por ejemplo, son o no partes de algún tratado por el que haya convenido en el arreglo obligatorio de controversias entre los Estados huésped y empresas particulares, como el auspiciado por el Banco Mundial ya mencionado. Asimismo, la cuestión dependerá de si los propietarios de la empresa, al constituirse ésta en el país huésped, renunciaron a invocar la protección diplomática de su Estado (Cláusula Calvo).⁶

⁶ No sería posible, dentro del marco de este artículo, examinar la antigua y compleja cuestión del alcance de la Cláusula Calvo, esto es, saber si el derecho del Estado, *ex jure*

Como conclusión, se puede afirmar que la negativa de incorporar en la Carta la obligación de cumplir los acuerdos de inversión entre Estados y empresas particulares tendía a evitar la universalización del sistema del convenio del Banco Mundial, esto es, a impedir que las controversias entre ellos se resuelvan obligatoriamente ante un tribunal internacional; pero no tiene por efecto impedir legalmente que pueda generarse un auténtico "interés jurídico" del Estado del que es nacional la empresa, y por lo tanto, que en principio pueda surgir una controversia internacional entre los dos Estados interesados.

5. *Regulación de las actividades de las empresas transnacionales*

La regla figura en el párrafo 2, b) del artículo 2 en los siguientes términos:

"2. Todo Estado tiene el derecho de:

a)

b) Reglamentar y supervisar las actividades de empresas transnacionales que operen dentro de su jurisdicción nacional y adoptar medidas para asegurarse de que esas actividades se ajusten a sus leyes, reglamentos y disposiciones y estén de acuerdo con sus políticas económicas y sociales. Las empresas transnacionales no intervendrán en los asuntos internos del Estado al que acudan. Todo Estado deberá, teniendo en cuenta plenamente sus derechos soberanos, cooperar con otros Estados en el ejercicio del derecho al que se refiere este inciso."

La única diferencia con la propuesta de los países industrializados (Doc. A/C.2/L.1404) es que ésta añade el siguiente concepto: "Todo Estado garantizará que las sociedades transnacionales dentro de su jurisdicción nacional gocen de los mismos derechos y cumplan las mismas obligaciones que cualquiera otra persona extranjera."

Ésta no es una diferencia esencial. Incluso, en las negociaciones oficiosas de Ginebra (agosto de 1974) entre los miembros del Grupo de los 40 se había llegado a un acuerdo entre todos los participantes sobre el texto que figura en la Carta, esto es, sin la adición del elemento citado. Pero el Grupo B condicionó su aceptación de esa disposición a un acuerdo más general sobre todas las demás cuestiones tratadas en el artículo 2, el cual no se produjo.

gentium, a la protección diplomática puede ser adoptado *pactis privatorum*, o si, como sostienen los juristas de los Estados en desarrollo, el derecho al que renuncia el particular no es el derecho a la protección diplomática que corresponde a su Estado, sino a la facultad que le compete de renunciar a pedir el ejercicio de ese derecho en su favor. Basta recordar que la jurisprudencia de los tribunales arbitrales ha sostenido de manera constante la validez de la Cláusula Calvo.

La propuesta inicial de los Estados Unidos contenía, además de los elementos que quedaron incluidos, algunos otros que en su concepto darían equilibrio a la disposición al señalar ciertas "obligaciones" del Estado huésped. Se indicaba que: "Todo Estado debe mantener una razonable estabilidad en el régimen jurídico y económico en el cual las empresas transnacionales se ven inducidas a actuar, a aplicar de una manera no discriminatoria sus leyes, disposiciones y reglamentos que afecten a las empresas transnacionales, y evitar actos arbitrarios o caprichosos que afecten las operaciones de las empresas transnacionales y cumplir por otra parte el Derecho Internacional."

Los 77 estimaron que el enunciado de tales obligaciones era no sólo inaceptable del todo, sino aun ofensivo. Lo cierto es que los Estados Unidos no recibieron prácticamente ningún apoyo y en versiones ulteriores ya no insistieron en la inclusión de esos elementos.

En lo que toca a la cuestión general de mencionar o no las obligaciones que pudiera tener el Estado huésped frente a las empresas transnacionales, los Estados en desarrollo sostienen que tales empresas no gozan de ningún *status* internacional especial, que ciertamente no son sujetos de derecho internacional y que el Estado huésped no tiene frente a ellas ninguna obligación internacional *específica*, mayor o distinta de las que tiene en general frente a cualquier persona extranjera, ya sea individuo o empresa. El Grupo B retuvo este concepto en la enmienda que presentó al final. Los 77 no lo aceptaron por considerar que su inclusión ahí era innecesaria, además de que el término "garantizará" sugería la existencia de una obligación específica importante frente a esas empresas.

La última frase del párrafo aprobado representa la transacción máxima a la que se pudo llegar a ese particular. Los 77 deseaban que se enunciara en forma más clara y categórica el deber de los Estados, de los que son nacionales tales empresas, de proporcionar información sobre sus actividades que pudieran servir al Estado huésped para reglamentarlas mejor en su propio territorio. Los Estados industrializados sostuvieron que carecían a menudo de la capacidad legal para obligar a las empresas a revelar ciertas informaciones y que, en todo caso, sus gobiernos no estaban dispuestos a asumir esa obligación internacional nueva y gravosa.

El enunciado de la Carta refleja sin duda una regla de derecho internacional general; el derecho que consigna no es, por lo demás, sino una manifestación de la soberanía. Su inclusión en la Carta es importante porque proporciona una base fija e inobjetable para elaborar una reglamentación detallada en un código internacional de conducta. Como es sabido, las Naciones Unidas han creado un órgano para este efecto.

6. *Nacionalización de la propiedad extranjera, indemnización y solución de controversias a este aspecto*

Las reglas sobre este particular figuran en el párrafo 2, c). Dice así:

“Todo Estado tiene el derecho de:

a)

b)

c) Nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad de bienes extranjeros, en cuyo caso el Estado que adopte esas medidas deberá pagar una compensación apropiada, teniendo en cuenta sus leyes y reglamentos aplicables y todas las circunstancias que el Estado considere pertinentes. En cualquier caso en que la cuestión de la compensación sea motivo de controversia, ésta será resuelta conforme a la ley nacional del Estado que nacionaliza y por sus tribunales, a menos que todos los Estados interesados acuerden libre y mutuamente que se recurra a otros medios pacíficos sobre la base de la igualdad soberana de los Estados y de acuerdo con el principio de libre elección de los medios.”

Contenido del concepto

No se aclaró en los debates de una manera precisa la diferencia entre “nacionalizar” y “expropiar”. En términos generales, el término “nacionalizar” se refiere a actos que afectan un gran número de bienes, como los fundos rústicos para propósitos de reforma agraria o un servicio público, mientras que la expropiación recae sobre un bien específico. La propuesta del Grupo B también incluía el concepto de “requisar” (“requisition”), que probablemente se refiera a medidas que no priven al dueño de la propiedad misma del bien, sino sólo de su aprovechamiento y disponibilidad. El texto de la Carta comprende también la transferencia de la propiedad de bienes extranjeros. Este concepto alude a los casos en que la ley dispone que ciertos bienes de extranjeros (como cierto porcentaje de las empresas mineras en México deben ser vendidos a nacionales, sin que el Estado asuma por ello la propiedad; el significado de este concepto no se aclaró suficientemente en los debates; en esta última hipótesis, como es obvio, no serían aplicables las reglas sobre indemnización. La propuesta del Grupo B exige que la afectación de la propiedad extranjera sea “por causa de utilidad pública”. Este requisito no es objetable en sí y podía haber sido retenido sin inconveniente en el texto de la Carta, aunque añadiendo, para mayor claridad, los conceptos de “seguridad” y de “interés nacional”.

La cuestión general de la obligatoriedad del pago de indemnización

Ésta es la cuestión central en toda esta materia. El texto definitivo de la Carta reconoce categóricamente la obligación internacional de indemnizar. Una fuerte mayoría de los 77 siempre reconoció esta obligación. El autor de este artículo insistió a lo largo de toda la negociación en que no podía haber duda sobre la existencia de una norma internacional en el sentido de que el Estado que expropia bienes de extranjeros está obligado a indemnizar, si bien a él le corresponde fijar el monto, las condiciones, los términos y las modalidades de la indemnización. La obligación de indemnizar por la propiedad nacionalizada o expropiada es un principio general de derecho reconocido por la legislación de prácticamente todos los Estados. La negativa de aceptar este principio habría colocado a los 77 en una posición vulnerable y seguramente no habría sido posible esperar siquiera un consenso relativamente generalizado sobre esa base. Incluso, de haberse incorporado esa tesis en la Carta, ésta habría perdido seriedad y efecto como elemento en la creación de un nuevo orden económico internacional.

Desgraciadamente, cuando las negociaciones oficiosas en Nueva York entre los miembros del Grupo de los 40 llegaron a un punto muerto, y un comité de redacción de los 77 elaboró entonces la propuesta que fue presentada por ese grupo a la Asamblea General, el referido comité de redacción incluyó en el texto, aprobado después por los 77 en pleno, la tesis de que el Estado que expropia deberá pagar una compensación apropiada "siempre que" (*provided that*) todas las circunstancias pertinentes así lo exijan. Este texto podía ser interpretado en el sentido de que no existe obligación de indemnizar en el caso de expropiación de bienes de extranjeros, o en otros términos, de que el pago podía quedar a la voluntad discrecional del Estado expropiante. La iniciativa de esa tesis se debió a Irak, apoyado activamente por escasos miembros de los 77, pero con la tolerancia de la mayoría, con base en que la Resolución 3171 (XXVIII) de la Asamblea General había afirmado que cada Estado podía determinar el monto de una *posible* compensación y su monto de pago.⁷

Lamentablemente, el proyecto de Carta que los 77 transmitieron a los otros Grupos como base de negociación y que después presentaron oficialmente a la Asamblea General hizo suya esa tesis. No fue hasta pocos días antes del voto (6 de diciembre de 1974, después que el Grupo de los 77 modificó

⁷ Dicha resolución, aprobada el 17 de diciembre de 1973 en los momentos de confrontación más violenta entre los Estados Industrializados y los países en desarrollo con motivo del alza en el precio del petróleo, es ante todo una resolución política, que difícilmente podía servir de base para la elaboración de reglas jurídicas de carácter permanente, destinadas a ser aplicadas por todos los Estados, como las que deban incluirse en la Carta.

su posición e incorporó en una revisión la posición contraria, cuando finalmente quedó incluida en el texto de la Carta aprobada. El cambio de posición de los 77 obedeció a una iniciativa de México. El Presidente del Grupo de los 77 (Embajador A. García Robles, de México) propuso al llamado Grupo de los 77 (que el mismo comité de redacción antes mencionado) que se modificara esa regla con base en el hecho de que la legislación de ninguno de los Estados representados preveía la expropiación sin indemnización, y con el fin de facilitar la aceptación de la Carta por los demás Grupos. Tal vez el largo tiempo transcurrido desde que circuló el primer proyecto de los 77 a los otros grupos y el momento en que se modificó su texto haya contribuido a que no se hubiera ponderado y apreciado suficientemente el significado jurídico del texto definitivo que contiene la Carta en esta materia.⁸

Requisitos de la indemnización

Según los países industrializados inversionistas, la indemnización en caso de nacionalización o de expropiación debe pagarse conforme al derecho internacional. Los juristas de esos países sostienen que existe una norma internacional de carácter consuetudinario, conforme a la cual la indemnización debe ser "pronta, adecuada y efectiva". La Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas mencionaba que el Estado expropiante debía pagar "una compensación apropiada, de acuerdo con las reglas en vigor en el Estado que tomara tales medidas en el ejercicio de su soberanía, y de acuerdo con el derecho internacional", pero no se pronunció sobre lo que a este respecto dispone el derecho internacional.⁹

⁸ Así, en su explicación de voto en la Plenaria, el Representante de Canadá parece haberle atribuido un significado inexacto al párrafo 2 c). Dijo así (A/PV.2315): "En cuanto al inciso c) del artículo 2, mi delegación no niega el derecho de un Estado a nacionalizar bienes extranjeros, pero sostiene que este derecho se halla supeditado al pago de una compensación. La cuestión de qué monto de compensación es justo o equitativo depende naturalmente de las circunstancias particulares de cada caso, pero mi delegación no puede aceptar un texto que trata de afirmar el principio de que un Estado puede nacionalizar o expropiar bienes extranjeros sin compensación, porque ello equivaldría a confiscarlos. Ésta es la opinión de mi delegación en cuanto al efecto del inciso c) del artículo 2". Como se aclara en el texto, no hay duda de que la versión definitiva de la Carta reconoce que el Estado expropiante "deberá pagar" una indemnización, sin condicionar esa obligación a que las circunstancias del caso así lo exijan.

⁹ Dicha Resolución, que enuncia y desarrolla el principio de la soberanía permanente sobre los recursos naturales, fue adoptada en 1962 después de largos debates y representó sin duda en ese momento una transacción entre los países industrializados y los que están en vía de desarrollo, ya que fue adoptada prácticamente sin oposición. Los países en desarrollo estiman que han transcurrido 13 años desde que fue adoptada y que algunas de sus disposiciones ya no responden a las condiciones contemporáneas, aparte de que la comunidad internacional se ha ampliado considerablemente desde entonces.

Los Estados en desarrollo, por su parte, sostienen que tal regla internacional no existe, ya que la práctica estatal, los precedentes y las opiniones doctrinales son de tal modo diferentes y aun opuestos que faltan en este caso los elementos de generalidad y de uniformidad que son esenciales para la existencia de una verdadera costumbre jurídica. Las normas consuetudinarias deben basarse en la aceptación de una fuerte mayoría de los Estados de la comunidad internacional y no sólo en la de las grandes potencias, como pensaban los juristas del siglo XIX. Los términos, monto y condiciones de la indemnización deben fijarse, según los países en desarrollo, de conformidad con el derecho del Estado que expropia, en cumplimiento de su jurisdicción soberana, a la cual están sometidos por igual nacionales y extranjeros.

En vista de esta opinión de puntos de vista se buscó en las negociaciones una fórmula que pudiera cubrir la posición de cada uno de los dos grupos, esto es, que sin resolver por ahora la cuestión de fondo, les permitiera seguir manteniendo sus respectivas tesis. Se hubiera podido decir, por ejemplo, que la indemnización debía hacerse de acuerdo con el "derecho" (*law*). Así, una parte interpretaría que ese derecho era sólo el derecho interno, mientras que, según la otra, sería aplicable el derecho interno, pero sin violar las reglas del derecho internacional. Aunque no se resolviera así el problema substancial, ese acuerdo limitado sobre la base de un término deliberadamente equívoco permitiría "desbloquear" los demás temas de la Carta que estaban pendientes, ya que durante las negociaciones cada una de las partes solía condicionar su asentamiento en relación con un asunto a la aceptación por las otras de su posición sobre otras cuestiones. Debido a la negativa de los países industrializados no fue posible aún esta solución, por insatisfactoria que fuese.

Se ensayó después resolver el problema eludiendo la cuestión del derecho aplicable. Se convino en tratar meramente de caracterizar, de calificar la indemnización, esto es, de indicar cómo debía ser ésta. Los dos calificativos que más se consideraron fueron "justa", favorecido por los países industrializados, y "apropiada", apoyada por los Estados en desarrollo. El dilema subsistió hasta el final sin resolverse.

Los Estados en desarrollo se oponen al término "justa" por estimar que tiende a subrayar en exceso la situación del expropiado: sugiere que la indemnización debe ser "justa" para el expropiado, sin considerar la situación del Estado expropiante. "Indemnización justa", en ese contexto, significa sobre todo una indemnización igual o próxima al valor del bien expropiado, sin tomarse suficientemente en cuenta un gran número de circunstancias propias del Estado que expropia y que son también pertinentes.

Entre otras circunstancias debe considerarse, en primer término, la capacidad de pago del Estado. Si se hubiera exigido una indemnización próxima al valor comercial, es obvio que ningún Estado pobre habría tenido la capaci-

dad financiera para llevar a cabo una reforma agraria mediante la nacionalización de las tierras. Otras circunstancias pertinentes son, entre otras, el lapso durante el cual la empresa expropiada ha explotado el servicio público o el bien expropiado; la recuperación de la inversión; si hubo enriquecimiento ilegítimo, sobre todo como resultado de una antigua situación colonial; si los beneficios obtenidos eran "excesivos";¹⁰ la contribución de la empresa al desarrollo económico y social del país; su respeto de las leyes laborales; su política de reinversión, etcétera. Los impuestos adecuados no son un factor que como tal determine el monto de la indemnización en sí, sino que representan un crédito del Estado expropiante frente a la empresa expropiada que puede *compensarse* cuando se hace el pago. Debido a la acción de ese factor o de otros semejantes, pueden ocurrir casos en que, *de hecho*, la indemnización sea mínima, nula o aun negativa. Pero esto no significa, jurídicamente, la falta de pago de una indemnización.

Por estas razones, los Estados en desarrollo estiman que el término "apropiada", que finalmente figuró en la Carta, expresa mejor las complejas circunstancias que pueden ser pertinentes, tanto para el Estado expropiante como para el extranjero expropiado. El problema se resolvió en parte añadiendo el calificativo al concepto, propuesto por México, de que el monto de la indemnización debía determinarse tomando en cuenta todas las circunstancias pertinentes. Este concepto habría de calificar a la postre, tanto a los términos "indemnización apropiada", según reza el texto de la Carta, como al término "justa", el cual figura en la enmienda propuesta por el Grupo B que fue rechazada por la Asamblea.

Las otras dos diferencias entre la fórmula de la Carta y las propuestas últimas de los países industrializados no son de monta. El párrafo 2, inciso c) de la Carta indica lo que obviamente no puede ser negado: la compensación apropiada deberá ser pagada "teniendo en cuenta sus leyes y reglamentos aplicables y todas las circunstancias que *el Estado considere pertinentes*". Es evidente que el Estado expropiante deberá tener en cuenta sus propias leyes y reglamentos, ya que ejerce un acto soberano dentro de su jurisdicción y esas leyes y reglamentos lo obligan; por lo demás, seguramente no hay Estado alguno que no haya procedido de esa suerte. El requisito de tomar en cuenta las circunstancias que el *propio* Estado expropiante considere pertinentes también es justificado, ya que él es el que está en mejor situación de estimar cuáles son las circunstancias que lo afectan y que pueden determinar el monto de la indemnización.

¹⁰ El Tribunal de Hamburgo, al examinar en 1973 el asunto del embargo del cobre chileno, se basó al fallar en contra de Chile sobre todo en el hecho de que la ley chilena sobre "beneficios excesivos" era retroactiva, más que en la impropiedad de ese factor, como tal, para ser tomado en cuenta.

Se puede afirmar, en conclusión, que en lo que hace a los requisitos de la indemnización, la diferencia principal entre las dos posiciones estriba en el significado de los términos “justa” y “apropiada”, aunque la diferencia tal vez se haya reducido debido a la calificación, en ambos casos, de que la indemnización se determina a la luz de todas las circunstancias pertinentes.

No hay duda de que la amplia discusión y sus resultados representan un estimable avance en la formulación de reglas internacionales importantes en una materia que viene discutiéndose, tanto en la teoría como en la práctica, desde hace más de un siglo. Los países desarrollados ya no insistieron, en las últimas propuestas oficiales que presentaron a la Asamblea General, en que la indemnización debía ser pagada conforme a un derecho internacional que en este terreno es vago e incierto; tampoco insistieron ya en la fórmula sacramental de los juristas, sobre todo anglosajones, de que la indemnización debía ser “pronta, adecuada y efectiva”. A la vez, la propuesta de los países en desarrollo, consagrada en la Carta aprobada por la Asamblea, reconoce claramente que existe una obligación internacional de indemnizar por la nacionalización o expropiación de bienes extranjeros.

La solución de controversias

Si la empresa expropiada no está conforme con la indemnización fijada, surge el problema de saber cómo se resuelve la oposición de pareceres entre ella y el Estado expropiante. Los Estados en desarrollo siempre han sostenido que esa disputa debe ser resuelta por los tribunales del Estado expropiante, conforme a sus leyes, sin que el Estado del que es nacional la empresa pueda, en ejercicio de la protección diplomática de sus ciudadanos, acudir ante la jurisdicción internacional para resolver la controversia.¹¹

Por supuesto, la solución es otra cuando el Estado expropiante sea parte de un tratado que disponga la solución de controversias entre empresas inversionistas y los Estados huésped mediante el recurso a métodos obligatorios de solución, como en el caso del convenio del Banco Mundial arriba mencionado.

A pesar de cierta incertidumbre en cuanto a los precedentes y a la doctrina, sobre todo en cuanto al nacimiento y alcance del derecho a la protección

¹¹ Esta posición se refleja en el Artículo VII del Pacto de Bogotá, celebrado en 1948, el cual dispone lo siguiente: “Las Altas Partes Contratantes se obligan a no intentar reclamación diplomática para proteger a sus nacionales, ni a iniciar al efecto una controversia ante la jurisdicción internacional, cuando dichos nacionales hayan tenido expedidos los medios para acudir a los tribunales domésticos competentes del Estado respectivo.”

Los Estados Unidos interpusieron una reserva expresa contra este artículo.

diplomática, puede estimarse que los siguientes hechos y circunstancias apoyan claramente la tesis de la aplicabilidad de la jurisdicción interna.

En primer término, como consideración inicial y básica, no existe ninguna regla de derecho internacional general que obligue a los Estados a resolver sus controversias acudiendo a una instancia o jurisdicción internacional. A esto habría que añadir, también como elemento esencial del problema, aunque ello no elimina, por sí mismo, el carácter interestatal de la controversia que pudiera suscitarse, que, al expropiar, el Estado ejerce un acto de soberanía, conforme a sus leyes, y que la jurisdicción del Estado huésped se ejerce sobre todos los bienes y sobre todas las personas en su territorio, sean nacionales o extranjeros.

No son otras las razones por las que la citada Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General dispone que, si “la cuestión de la compensación da origen a una controversia, se agotará la jurisdicción nacional del Estado que tome tales medidas. Sin embargo, *en el caso de acuerdo* entre Estados soberanos y otras partes interesadas, la solución de la controversia podrá realizarse mediante arbitraje o acudiendo a la jurisdicción internacional” (bastardillas añadidas). En otros términos, se prevé la *posibilidad* de acudir ante una instancia internacional, pero sólo por acuerdo de las partes.¹² Más adelante se examinará el significado del término “partes” en este contexto.

La propia propuesta de los estados industrializados (Doc. A/C. 2/L. 1404) no dispone que el Estado expropiante esté *obligado* a acudir ante una jurisdicción internacional en caso de que surja controversia sobre la indemnización. Dicha propuesta indica, en un inciso separado del párrafo 2, que: “Todo Estado tiene el derecho de . . . e) exigir que se agoten los recursos previstos en su jurisdicción nacional en todos los casos en que el trato de las inversiones extranjeras o de las indemnizaciones correspondientes sea materia de controversia, salvo que las partes convengan otra cosa.”

A continuación dicha propuesta dispone en el inciso f), también regido por el acápite: “Todo Estado tiene el derecho de”: “f) arreglar las controversias, cuando así lo convengan las partes interesadas, mediante negociación, buenos oficios, investigaciones, determinación de hechos, conciliación, mediación, arbitraje o arreglo judicial, sobre la base de los principios de igualdad soberana de los Estados y de libre elección de los medios.”

¹² El representante de Suecia, en su explicación de voto ante la Plenaria, dijo lo que sigue (PV 2315): “En cuanto al párrafo 2, c), mi Gobierno, aun cuando reconoce el derecho soberano de los Estados a nacionalizar los bienes extranjeros, sigue opinando que, de conformidad con la Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General, en los casos en que se aten las medidas nacionales de justicia y el resultado del proceso no sea satisfactorio para el Estado extranjero, existe una controversia a nivel internacional que, a juicio del Gobierno sueco, debe ser solucionada por una Corte Internacional.” Parecería que ésta es una interpretación errónea de la Resolución 1803.

El inciso e) enuncia el principio de que es necesario agotar los recursos internos antes de recurrir a una jurisdicción internacional. Ésta es “una regla de derecho internacional consuetudinaria bien establecida” (Corte Internacional de Justicia, caso Interhandel, 1959, objeción preliminar). Aún más, es una regla que históricamente ha favorecido y que por su naturaleza favorece a los Estados que acogen inversiones extranjeras. En sí, no habría habido inconveniente en retenerla. Los 77 no la incluyeron en su propuesta para evitar la implicación que pudiera indirectamente desprenderse de su mero enunciado, de que, una vez agotados los recursos internos, existe una obligación del Estado huésped de acudir, en una segunda instancia, a la jurisdicción internacional. En realidad, como se ha indicado, esa obligación general no existe. La misma propuesta del Grupo B no tiene ese significado jurídico. El agotamiento de los recursos internos está formulado en esa propuesta como un *derecho* del Estado huésped de exigirlo. Lo que ocurre después, si subsiste la controversia, o mejor dicho, si el tercer Estado ejerce su protección diplomática sobre su nacional expropiado y por ello surge una verdadera controversia internacional entre él y el expropiante, está regido por el inciso f), también como un *derecho* de este último, de “arreglar las controversias, cuando así lo convengan las partes interesadas...”

Así, *no hay una diferencia esencial entre la posición de los Estados industrializados y de los países en desarrollo sobre el principio básico que rige la cuestión de la solución de controversias*, a saber: la necesidad de un *acuerdo entre las partes* para acudir ante una jurisdicción internacional con objeto de resolver la controversia. La Carta prevé que ésta será resuelta por los tribunales del Estado que nacionaliza, a menos que se convenga en recurrir a otros medios pacíficos.

Entre la fórmula aprobada en la Carta y la del Grupo B existen otras dos diferencias, pero no esenciales. La del Grupo B señala concretamente los medios de solución: “negociación, buenos oficios, investigación... etc.”, mientras que la Carta se contenta con mencionar “otros medios pacíficos”. La segunda es más importante: la Carta requiere, para acudir a otros medios de solución, “que *todos los Estados interesados* acuerden libre y mutuamente que se recurra...”, mientras que la del Grupo B dice: ...“cuando así lo convengan las *partes interesadas*”.

En término “partes” alude claramente no sólo a los Estados sino también a las empresas particulares. Los países en desarrollo se oponen a incluir este concepto por las mismas razones que se hicieron valer en relación con los acuerdos de inversión, o sea, porque ello equivaldría a reconocer el carácter de convenio internacional a un acuerdo entre un Estado y una empresa sometida a su jurisdicción, así como el *status* de sujeto internacional a un simple particular. Pero, obviamente, la ausencia de este concepto no puede atar las

manos del Estado e impedirle, en uso de su soberanía, convenir mediante tratados multilaterales o bilaterales en someter sus controversias con inversionistas privados a determinado método de solución, o, en un caso concreto, en negociar con la empresa sobre el monto y términos de la indemnización, que es lo que normalmente ocurre, o en someter la controversia a arbitraje.

7) *El principio del cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales aplicables a esta materia*

Una de las críticas más frecuentes que se hicieron a la Carta, especialmente en las explicaciones de voto en la Asamblea, era que este instrumento no consagraba la obligación de los Estados huésped de observar de buena fe sus obligaciones internacionales, sobre todo en relación con las materias que comprende el artículo 2.

Esta crítica no tiene fundamento. Si bien los Estados en desarrollo, como ya se dijo, consideran que la soberanía no tiene su fundamento en el Derecho Internacional, puesto que tiene un carácter inmanente y previo a ese ordenamiento, no niegan que las normas internacionales limiten la acción del Estado cuando éste afecta derechos de extranjeros. Aunque no aceptaron invocar concretamente el cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales en el texto mismo del artículo 2 para evitar la interpretación de que la facultad de reglamentar la inversión extranjera y el poder de nacionalizar descansan en el Derecho Internacional, la Carta reconoce *expresamente*, en otras disposiciones que deben ser interpretadas y aplicadas conjuntamente con el artículo 2, que las obligaciones internacionales pueden actuar como factor limitativo de la libertad estatal en relación con el trato de extranjeros.

Esta observación adquiere particular relieve al evaluar el significado de la propuesta presentada por los países industriales para insertar al final del artículo 2 la siguiente disposición concreta: "los Estados que adopten medidas en ejercicio de los derechos que se mencionen más arriba cumplirán de buena fe sus obligaciones internacionales". El Grupo de los 77 se opuso a su inclusión en ese artículo. Pero su enunciación precisamente en ese sitio era más bien una cuestión de énfasis y de equilibrio entre varios principios jurídicos aplicables. Los países en desarrollo sostenían que la mención exclusiva de ese principio, que estaba particularmente dirigida a los países huésped de inversiones extranjeras, crearía un desequilibrio frente a otras obligaciones que incumben especialmente a los Estados inversionistas, como la de abstenerse de emplear la coacción, que los países industrializados se negaron a incluir específicamente en este artículo, por considerar que se trataba de un principio general aplicable a toda la Carta. Aún más, en las negociaciones officiosas

llevadas a cabo en Ginebra entre los miembros del Grupo de los 40, se llegó a formular una alternativa que no fue objetada inicialmente por ningún miembro, aunque posteriormente no se produjo la anuencia confirmatoria de uno o dos participantes del Grupo B. Esta fórmula decía así: "En lo que hace a los derechos anteriores, todos los Estados cumplirán de buena fe sus obligaciones internacionales, se abstendrán de toda forma de coerción y observarán los principios contenidos en el capítulo I de esta Carta."

En definitiva, se resolvió que todos esos principios generales quedaran enunciados únicamente en el Capítulo I de la Carta.

Además, para evitar todo equívoco, se convino en el texto del artículo 33 (2) el cual dispone que "En su interpretación y aplicación, las disposiciones de la presente Carta están relacionadas entre sí y cada una de ellas debe interpretarse en el contexto de las demás."

Este artículo no hace sino enunciar un principio general de interpretación que está consagrado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Pero, obviamente, la no inclusión de una disposición concreta en el artículo 2 acerca del cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales no significa jurídicamente que el sistema de la Carta en su conjunto rechace el deber de cumplirlas. Este principio está clara y categóricamente enunciado en el Capítulo I, inciso j) y se aplica a todas las materias que regula la Carta, incluyendo, por supuesto, las del artículo 2.

8. Conclusiones

Debido a la heterogeneidad de las disposiciones de la Carta, y en especial a su distinto valor y significación desde el punto de vista del derecho internacional, los votos individuales emitidos sobre las diversas disposiciones y el estudio de su respectivo contenido son los factores principales que deben apreciarse para evaluar la contribución de la Carta al nuevo orden económico internacional en gestación. A este respecto, se desprenden las siguientes conclusiones en lo que hace a las normas y principios que contiene el artículo 2.

1. El párrafo 2, c), sobr nacionalización y cuestiones conexas, que fue objeto de las mayores controversias, fue aprobado por 104 votos a favor (los países del Tercer Mundo y los socialistas, 16 en contra (prácticamente todos los Estados desarrollados de economía de mercado) y 4 abstenciones.¹³ A pesar de la fuerte mayoría en favor, *la oposición de todo el grupo de Esta-*

¹³ Incluso, los siguientes Estados en desarrollo expresaron en sus explicaciones de voto reservas sobre algún enunciado del artículo 2: Fiji, Indonesia, Irán, Jordania, Kuwait, Malasia, Turquía y Tailandia (Docs. A/C2/SR 1649 y A/PV 2315).

dos industrializados inversionistas impide considerar que el enunciado concreto de las reglas del párrafo 2, c), sean la expresión de las normas internacionales vigentes en esta materia.

A su vez, el masivo rechazo por la Asamblea General de la enmienda presentada por los Estados desarrollados sobre estas cuestiones¹⁴ *es una prueba fehaciente de que las concepciones y tesis de los Estados inversionistas en materia de nacionalización e indemnización son hoy repudiadas por una fuerte mayoría de la comunidad internacional, por lo que no pueden considerarse como normas consuetudinarias vigentes, y por lo tanto, tampoco son hoy en día expresión del derecho internacional general.* Si esto es cierto respecto de los enunciados concretos que contiene la enmienda formal del Grupo B, que sin duda son más moderados y se han aproximado en medida apreciable a las concepciones de los países en desarrollo, también lo es, *a fortiori* y en mayor grado, en lo que hace a las tesis tradicionales de los países inversionistas que habían sido incorporadas en sus proposiciones iniciales (Informe del Grupo de Trabajo sobre su cuarto periodo de sesiones, Doc. TD/B/AC.12/3, Cap. II, párrafo 2, variante 4). *La exigencia de que la indemnización sea conforme al derecho internacional o de que sea pronta, adecuada y efectiva, y la obligación del recurso al arbitraje o a la jurisdicción internacional en caso de controversia, no cuentan hoy en día, sin lugar a dudas, con el opinio juris communis, y no se puede sostener, en consecuencia, que formen parte del derecho internacional contemporáneo.* Este resultado negativo e indirecto es un efecto *jurídico* cierto e importante de la Carta.

Empero, además del resultado del voto precisa tener presente el contenido de tales disposiciones para apreciar su significación jurídica. Se procuró, en las páginas anteriores, hacer ver que los principales elementos esenciales estaban básicamente presentes en las dos posiciones: obligación internacional de indemnizar; caracterización relativamente similar de la indemnización (“justa” o “apropiada”, a la luz de todas las circunstancias pertinentes), sin invocación del Derecho Internacional como criterio indispensable para calificarla; y necesidad de un acuerdo de las partes para acudir a la jurisdicción internacional en caso de controversia. Las demás diferencias no son verdaderamente esenciales.

Se puede estimar, en consecuencia, que *la fórmula de la Carta constituye una buena base, no sólo para la consagración ulterior de una regla universalmente aceptable, sino, entre tanto, para determinar en la forma más autorizada la posición contemporánea de los Estados a ese respecto, y por lo*

¹⁴ Los párrafos 1 y 2, sobre el principio de la soberanía permanente, inversiones extranjeras, empresas transnacionales, nacionalización y compensación, fueron rechazados por 19 votos en favor, 87 en contra y 11 abstenciones; el párrafo 3 sobre la inclusión del principio del cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales lo fue por 20 votos en favor, 71 en contra y 18 abstenciones.

tanto, como un elemento valioso de interpretación para apreciar la evolución y el estado actual del derecho internacional en la materia, y como centro de polarización de la futura práctica estatal.

2. En lo que hace a la enunciación misma del principio de la soberanía permanente y al derecho de reglamentar la inversión extranjera, las diferencias entre las dos posiciones no son irreconciliables. El primero recibió 9 votos contrarios de Estados industrializados y el segundo 10. El voto de esos Estados fue muy dividido. Si bien no se puede considerar que la formulación concreta de la Carta en relación con esas dos cuestiones sea la expresión universalmente aceptada de las reglas internacionales vigentes, sí podría afirmarse que *los conceptos básicos que contienen reflejan la situación del derecho internacional general actual en la materia.* También les serían aplicables las observaciones que se acaban de hacer en relación con las reglas sobre nacionalización y cuestiones conexas.

3. El párrafo sobre la reglamentación de las actividades de las empresas transnacionales sólo recibió 4 votos contrarios. En vista de que la única diferencia entre la formulación de la Carta y la propuesta de los estados industrializados en el elemento adicional que figuraban en la enmienda del Grupo B (que las empresas transnacionales tienen iguales derechos y obligaciones que cualquier persona extranjera), elemento que en sí corresponde a la realidad y al derecho internacional general y no es negado, aunque se hubiera juzgado innecesario incluirlo, puede estimarse que *la regla de la Carta, sin desechar la substancia del citado elemento adicional, constituye la expresión del derecho internacional.*

4. Las reglas sobre el cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales, a las que tanta importancia atribuyen los Estados inversionistas, está en la Carta. La única cuestión que divide a los dos Grupos sería su colocación en el propio artículo 2, pero en forma de no subrayar sólo esa obligación, sino mantenido el equilibrio con otras obligaciones (como la prohibición de la coacción) que incumben especialmente a los Estados inversionistas. Por las razones indicadas arriba, se estima que el mejor sitio para incluirla es el Capítulo I, donde está actualmente y donde figuran todos los principios generales aplicables a la Carta en su conjunto. Pero la cuestión de colocación *no impide considerar el cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales como un principio general de derecho internacional aplicable a las disposiciones del artículo 2.*

Como conclusión general, se estima que las disposiciones del artículo 2 de la Carta representan un considerable adelanto en el largo proceso de codificación (empleando este término en su sentido amplio) de las normas de derecho internacional aplicables a estas materias, y *constituyen por ahora la expresión más autorizada y aproximada de esas normas.*

IV. *Breves notas sobre las disposiciones acerca de la cooperación internacional*

El carácter universal de la Carta, o en otros términos, el hecho de que aspire a reflejar básicamente las relaciones económicas entre todos los Estados en general, no es contrario sino perfectamente compatible con el objeto esencial que persigue de proteger y auxiliar, mediante la creación o reforma de instituciones y principios, a aquellos países que más se han visto afectados por la actual estructura del comercio mundial y por la injusta y viciada división internacional del trabajo.

En el siglo anterior se estimaba que la existencia de un régimen jurídico objetivo y general, que la igualdad ante la ley, eran incompatibles con la protección especial de ciertos grupos sociales. Hoy, por fortuna, ese "laissez-fairismo" decimonónico ha desaparecido en el orden interno. Desde hace seis o siete décadas, las naciones modernas advirtieron que la igualdad jurídica entre los ciudadanos no evitaba la desigualdad y la opresión, y se vieron precisadas a superar el concepto puramente formal de la igualdad de todos ante la Ley mediante la creación de toda una legislación tutelar especial que protegiera a ciertos grupos sociales que estaban en desventaja frente a los económicamente poderosos. Con el tiempo se advirtió que la creación de instituciones jurídicas específicamente destinadas a favorecer una clase, como la legislación laboral, habían tenido por resultado último el beneficio de toda la sociedad.

Del mismo modo, el orden jurídico internacional actual no puede basarse exclusivamente en el principio de la igualdad soberana. La sociedad internacional contemporánea no puede ya contentarse con un orden jurídico que meramente concilie la libertad de cada miembro con la de los demás, que resguarde la integridad territorial de los Estados y provea métodos para el arreglo pacífico de las controversias. Cada vez más, el orden jurídico internacional tendrá que incorporar la cooperación económica internacional como una verdadera institución jurídica. La cooperación internacional en favor de los pueblos más necesitados debe trascender el reino de la moral, de la buena voluntad, para entrar de lleno al ámbito del derecho. Los principios de solidaridad mutua, de responsabilidad colectiva por el bien de todos deben traducirse en instituciones jurídicas, esto es, en un sistema de derechos y obligaciones que si bien proteja fundamentalmente a un sector de la comunidad internacional, tenga por resultado el beneficio de toda ella.

En la sociedad nacional, la responsabilidad colectiva en el bienestar de todos los ciudadanos se expresa, entre otras formas, mediante un impuesto progresivo que grava en mayor grado a los ricos que a los pobres y permite la

transferencia de recursos hacia los sectores más desfavorecidos de la sociedad, o bien mediante instituciones como el seguro social. Nadie considera hoy en día el pago de ese impuesto o la contribución obligatoria de esas instituciones como una ayuda, como caridad, sino como obligaciones jurídicas evidentes que no requieren de mayor justificación. Nadie pone en duda que su cumplimiento beneficia a toda la sociedad. De modo semejante, la contribución al desarrollo de los sectores más débiles en el orden internacional debe ser concebida como una especie de impuesto internacional a cargo de los que obtienen mayores beneficios de los intercambios económicos entre los Estados. Estos países no harían sino cumplir con un deber al devolver una parte de los beneficios que obtienen mediante una estructura de intercambios internacionales que les favorece. En un mundo económico interdependiente, la riqueza y el progreso de algunos no derivan exclusivamente de su ingenio y esfuerzo, sino de los recursos, trabajo y sacrificio de todos.

Estos puntos de vista son sin duda los de los países en desarrollo. Pero se puede sostener sin reserva que esta concepción reponde también, en última instancia, al interés bien entendido de los Estados industrializados. La solidaridad que exigen las naciones en desarrollo es una garantía de paz y estabilidad. La brecha cada vez más honda entre estados ricos y pobres y la conciencia creciente de que la pobreza de unos genera riqueza en otros, no pueden ser sino pródromo de inestabilidad y convulsiones internacionales.

Por lo demás, la noción de responsabilidad solidaria, que constituye uno de los principios esenciales de la Carta, está en el centro de toda la filosofía del desarrollo que han hecho suya las varias organizaciones del sistema de las Naciones Unidas, a través de numerosas resoluciones y pronunciamientos desde hace largos años.

Las diversas disposiciones de la Carta que reglamentan la cooperación internacional, sobre todo en materia de asistencia financiera (artículos 17 y 22), de transferencia de tecnología (artículo 13) y de preferencias arancelarias generalizadas, no recíprocas y no discriminatorias (artículo 18), constituyen un primer paso en la realización de ese ideal. Es cierto que la formulación de estos principios no es categórica y que su alcance es limitado. Pero, al menos, la consagración del principio está ahí. Y esto tiene considerable importancia.

Es satisfactorio reconocer que tales disposiciones fueron convenidas y adoptadas por unanimidad. La colectividad internacional ha establecido como postulado la necesidad de facilitar la transferencia de recursos financieros y tecnológicos a los países en desarrollo, y al efecto, ha reconocido la existencia de un *deber* de cooperación en esos campos. Obviamente, la formulación tan general de esos principios (“debe de promoverse la cooperación” en el artículo 17; “responden a las necesidades y objetivos. . .” en el artículo 22) permite

una enorme latitud a los países desarrollados en la interpretación del alcance de esos deberes y dificultan considerablemente la exigencia de su cumplimiento.¹⁵

Pero la Carta prueba el reconocimiento unánime de la colectividad internacional de que existe un deber *jurídico*, por impreciso que sea por ahora, y provee un marco general para la futura negociación, reglamentación y aplicación concreta de esos principios.

La Carta se ha convertido, así, en un importante y decisivo instrumento, en la institucionalización jurídica de la cooperación internacional, esto es, en la creación de "obligaciones y derechos que protejan a los Estados débiles", como propuso el presidente Echeverría en la III UNCTAD.

¹⁵ Los términos del artículo 18 son más precisos: "Los países desarrollados deben aplicar, mejorar y ampliar el sistema de preferencias arancelarias generalizadas, no recíprocas y no discriminatorias, a los países en desarrollo..." Estos términos revelan que la institucionalización de este principio está en un grado más avanzado, en consonancia con su consagración básica en el Capítulo IV del GATT y con el hecho de que los países desarrollados han empezado a aplicarlo. Sin embargo, como es sabido, esto no ha impedido que los Estados Unidos, en su reciente Ley de Comercio Exterior, no hayan cumplido con el carácter "no discriminatorio" de las preferencias.