

ESPECIFICIDAD DE PRINCIPIOS JURÍDICOS INTERNACIONALES EN UN ORDEN ECONÓMICO*

It is impossible to Study Modern International Law without Taking Account of Declaratory Resolutions and other Statements by States...

Michael AKEHURST¹

SUMARIO: I. *Procedimientos paralelos de elaboración jurídica.* II. *Trascendencia de las resoluciones.* III. *Principios político-jurídicos del NOEI.* IV. *Igualdad soberana de los Estados.* V. *Soberanía permanente sobre los recursos naturales.* VI. *Inversiones extranjeras.* VII. *Minimum standard y Cláusula Calvo.* VIII. *Conclusiones.*

I. PROCEDIMIENTOS PARALELOS DE ELABORACIÓN JURÍDICA

El llamado Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI), tal y como hasta hoy en día lo seguimos conociendo, y cuya primera manifestación general puede encontrarse en la Declaración y Programa de Acción sobre un Nuevo Orden Económico Internacional, adoptados en la VI Sesión Extraordinaria de la Asamblea General de Naciones Unidas, mediante resolución adoptada en mayo de 1974, continúa presentado una serie de ambigüedades muy lejos de ser resueltas del todo, tanto por lo que concierne a su *contenido específico*, como por el *alcance y fuerza jurídica* de sus principios y normas que ahí se postulan.²

1 A. M., “Custom as a Source of International Law”, en *British year Book of International Law*, 1974-1975, vol. 47, p. 5.

2 En dicha sesión extraordinaria de la Asamblea General, de abril-mayo de 1974, sus miembros declararon oficialmente “...su determinación común de trabajar con urgencia en pro de la instauración de un nuevo orden económico internacional”.

Por lo que respecta al *contenido* de NOEI, varios internacionalistas se han preguntado: ¿si el NOEI es una tentativa por construir un *nuevo* orden basado en una división internacional del trabajo que implica una efectiva redistribución de la riqueza y poder económico global, o si se trata de un nuevo *orden* diseñado para corregir los peores excesos y las más palpables inequidades resultantes del colapso del orden económico internacional existente, pero sin que de ninguna manera se modifiquen sus fundamentos esenciales?

Por lo que toca a la fuerza normativa de los principios contenidos en el NOEI, el primer problema consiste en que la mayoría de éstos han sido elaborados a través de *resoluciones* de diversos organismos internacionales del sistema de Naciones Unidas, las cuales, como sabemos, no poseen fuerza coercitiva en sí mismas, aunque pueden alcanzar bajo ciertas modalidades, un valor y peso normativo específicos.³

Lo anterior nos da una idea de la complejidad de la jerarquía de las normas en derecho internacional y nos muestra la necesidad de examinar, más de cerca, las diversas fuentes del derecho internacional, con objeto de determinar el valor legal de los diferentes documentos relacionados con el NOEI.

Pero al mismo tiempo, debe subrayarse que no únicamente textos jurídico-internacionales pueden contribuir hacia la instauración de un NOEI, sino también otro tipo de instrumentos como serían particularmente los llamados “contratos trasnacionales” celebrados entre un Estado, comúnmente un Estado en vías de desarrollo, y una gran empresa o compañía, casi siempre incorporada dentro de un Estado industrializado, cuya caracterización jurídica es por lo demás bastante controvertida.⁴

Uno de los problemas más importantes del derecho internacional en su fase actual es, sin duda, el problema relativo a la *elaboración* de las normas que integran este sistema jurídico.

Ver Resolución emitida por la Asamblea General de Naciones Unidas (A/Res.) núm. 3201/S. VI, del 15 de mayo de 1974 y el “Programa de acción relativa a la instauración de un nuevo orden económico internacional”, Res. 3201/S.VI. En su sesión ordinaria, la Asamblea habría de adoptar la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados a fines de 1974 (Res. 3281/XXIX).

³ Ver el estudio ya clásico e imprescindible del profesor Jorge Castañeda: “Valeur Juridique des Résolutions des Nations Unies”, *Recueil des Cours de l’Academie de Droit International*, Leyde, A. W. Sijthoff, 1970, vol. I, pp. 211-332.

⁴ Ver Bollecker-Stern, Brigitte, “The Legal Character of Emerging Norms Relating to the NIEO: Some Comments”, en el volumen colectivo editado por Kamal, Hassain, *Legal Aspects of the New International Economic Order*, Londres, Frances Pinter, 1980, pp. 69 y 70.

Es un hecho harto conocido que la llegada a la escena internacional de los llamados Estados del Tercer Mundo, provoca un rechazo, con mayor o menor virulencia, de las normas clásicas de este derecho, fruto de las voluntades de Estados ideológicamente homogéneos y expresándose por vía consuetudinaria o convencional.

Estos Estados en vía de desarrollo al poner en tela de juicio esa hegemonía jurídica, y decididos a no someterse más a muchas de las reglas que los perjudicaban y en las cuales no habían participado en su elaboración, va a generar una pérdida parcial de la unidad del orden jurídico anterior.

Los procedimientos técnicos de formación de las diferentes categorías de normas sufren modificaciones internas. Se asiste a una tentativa de moralización, de unificación y modulación del derecho internacional a través de una transformación del derecho de los tratados.⁵

En cuanto a la formación de normas consuetudinarias, el reconocido profesor René-Jean Dupuy, demostraba desde 1974 en el Coloquio de Toulouse⁶ que frente a las —por él denominadas— “costumbres sabias”, establecidas con base en la suntuosa lentitud del “eterno ayer”, se alzaban las contra-costumbres, salvajes, cuyo repentino crecimiento estaba alimentado de voluntades alertas, denunciando la *desuetud* y la impostura de las primeras. Su ancestral pasado hacía olvidar que habían debido en realidad su desarrollo y florecimiento, no exactamente como consecuencia de la sabiduría de las naciones, sino a la acción de las potencias más poderosas del momento.

En fin, nunca como hasta entonces, se trató de imponer procedimientos paralelos de elaboración del derecho que aportaran modificaciones en el proceso concreto por el cual una norma llega a adquirir un valor jurídico.

Sin embargo, esto es muy importante, todo ello no quiere decir que la *jerarquía clásica* de las fuentes del derecho internacional, hubiese llegado a modificarse. Las vías emprendidas para crear nuevas normas podrían adoptar nuevos itinerarios, pero en definitiva se desembocaba en formas jurídicas tradicionales.⁷

5 El artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 impone una nulidad *ab initio* a todo acuerdo contrario al *.*

6 *L'élaboration du Droit International Public*, Société Française de Droit International (SFDI), París, Pédone, 1975, pp. 132-148.

7 Ver Buirette-Maurau, Patricia, *La Participation du Tiers-Monde a l'Elaboration du Droit International*, París, LGDJ, 1983, pp. 87-169.

II. TRASCENDENCIA DE LAS RESOLUCIONES

Pero para denunciar la injusticia de las soluciones establecidas en el orden político y económico, los países del Tercer Mundo echaron mano sobre todo, de un instrumento cuya eficacia se reveló mucho más allá de lo que nadie hubiera imaginado; estamos refiriéndonos a las *resoluciones* votadas o adoptadas por consenso en la Asamblea General de Naciones Unidas, o en el seno de sus órganos subsidiarios.

La insuficiencia de los medios de formación tradicionales del derecho internacional, que están lejos de responder de manera satisfactoria a las necesidades de reglamentación jurídica que conoce la sociedad internacional contemporánea, se hizo sentir con una mayor gravedad en el campo de las relaciones económicas y, más en particular todavía, en el ámbito de las relaciones entre países industrializados y países en desarrollo; en una palabra: dentro del denominado “derecho internacional del desarrollo”.⁸

Es cierto que cuando hablamos en general de *medios jurídicos*, la tendencia de casi todos nosotros es la de referirnos a las nociones jurídicas que nos son más familiares, esto es, a la ley, al reglamento y a los tratados, acuerdos o convenciones. Y cuando comenzamos a hablar de las resoluciones y recomendaciones de los organismos internacionales, surge en nuestro interlocutor un rasgo de grave escepticismo, pues no desaparece la idea de que son instrumentos que poseen únicamente un valor moral, llamados a aplicarse en la sociedad internacional en donde precisamente la moral no encuentra una gran acogida; la conclusión a la que de inmediato se llegaba es que aquéllos sólo resultaban ser ejercicios innecesarios de ficción jurídica.

Pero los análisis más acuciosos han puesto de manifiesto que ello no es verdad; que el grado de obligatoriedad depende menos del instrumento que de su contenido y del ámbito institucional que enmarca su aplicación.

Es el efecto o significación jurídica lo que es transcendente y no el aspecto formal del instrumento. En el caso de las resoluciones, su significación jurídica va a depender de tres factores principales, con una interrelación estrecha entre ellos mismos: *a) las circunstancias que acompañan*

⁸ El “Derecho internacional del desarrollo ha podido ser definido como el conjunto de principios, reglas, instituciones y procedimientos que tienen por objetivo realizar el desarrollo económico y social de los pueblos y sus Estados”. Ver Dupuy, Pierre Marie, “Sur spécificité de la norme en droit international du développement”, *La Formation des Normes en Droit International du Développement*, París, Editions du Centre Nacional de la Recherche Scientifique, 1984, pp. 131-145.

su adopción, *b*) el contenido mismo de la resolución y *c*) las modalidades previstas para el control de su aplicación.

Así, por ejemplo, una resolución que registra las opciones y deseos de una mayoría frente a una minoría recalcitrante, muy probablemente no genere efectos jurídicos inmediatos, pues su objetivo es eminentemente político; pero una resolución que revele un denominador común aceptado por todos los participantes, podrá ser adoptada por *consenso* y no por simple mayoría, y en la medida en que refleje un cierto grado de acuerdo entre los participantes, puede tener un efecto jurídico eminentemente político.

Por último, la significación real de las resoluciones no puede ser bien entendida si se les considera en forma aislada, ya que generalmente cada serie de resoluciones sobre un mismo tema, representa un proceso continuo en el tiempo.

Esta perspectiva dinámica revela, como afirma Georges Abi-Saab, a través de las resoluciones sucesivas, un aumento del grado de obligatoriedad correspondiente, que como consecuencia de una erosión progresiva de las oposiciones, se desemboca en un consenso que va emergiendo poco a poco con seguridad y alcance jurídico.⁹

Así pues una resolución no es frecuentemente más que el punto de partida de una larga acción diplomática, que estará caracterizada por la adopción de toda una serie de otras resoluciones, y posibilitando incluso la celebración de una Convención.

Situada así dentro de esta perspectiva, la resolución reviste una significación que puede ser muy diferente de aquella que se le podía reconocer al atenernos a las simples apariencias.

De esta suerte, se puede entender que en ocasiones el objetivo que se persigue cuando se somete a votación una resolución, puede ser no tanto el de obtener su ejecución, sino más bien el de poder disponer de un medio de presión, o de una base sobre la cual poder apoyarse para la prosecución de una negociación difícil.

Por último, hay que recordar que el valor instrumental de una recomendación puede muy bien suplir su ausencia de obligatoriedad coactiva, y garantizar al mismo tiempo tan eficazmente, o más, su exacta aplicación. Esto obviamente sucede así respecto de aquellos Estados que le recono-

⁹ Ver Abi-Saab, Georges, “Compte rendu des débats”, en el Coloquio *Les Résolutions dans la formation du droit international du développement*, Genève, Institut Universitaire des Hautes Études Internationales (IUHEI), 1971, pp. 7-46.

cen este valor instrumental, ya que la instrumentación de una recomendación depende únicamente de los Estados que precisamente atacan su fundamentación o son indiferentes a su finalidad, entonces este medio jurídico, como dice Michel Virally, tendrá evidentemente todas las oportunidades de permanecer como letra muerta, pero también la situación no sería sustancialmente muy diferente si se tratara de alguna decisión creadora de obligaciones jurídicas, como sería un tratado o convención.¹⁰

III. PRINCIPIOS POLÍTICO-JURÍDICOS DEL NOEI

Los principios y normas de derecho internacional relativos al Nuevo Orden Económico Internacional, de conformidad con el organismo de enseñanza e investigación de Naciones Unidas-UNITAR, y endosados por la Asamblea General, serían los siguientes:

- Tratamiento preferencial de los países en desarrollo.
- Estabilización de las ganancias de exportación de los países en desarrollo.
- Soberanía permanente sobre los recursos naturales.
- Derecho de todo Estado a las ventajas de la ciencia y la técnica.
- Derecho de los países en desarrollo a la asistencia y ayuda a su propio desarrollo.
- Participación equitativa de los países en desarrollo en las relaciones económicas internacionales.
- Principio del Patrimonio Común de la Humanidad.¹¹

No hay que desconocer que varios internacionalistas consideran estos “principios” como principios político-jurídicos, es decir, como la expresión de la voluntad política de un gran número de Estados y que pueden influenciar el contenido de reglas jurídicamente definidas.

Gran parte de la doctrina concuerda en reconocer que la llamada *soft law* (declaraciones comunes cuyo valor y efectos jurídicos permanecen

10 Ver Virally, Michel, “Rapport introductif”, en el Coloquio de Ginebra, *op. cit.*, pp. 49-59. En este informe introductorio, el profesor M. Virally utiliza el término de *recomendación*, para designar las resoluciones que invitan a los Estados a observar un comportamiento definido o adoptar medidas determinadas, en tanto que el término de *resolución*, designaría, conforme a la práctica internacional, toda decisión tomada por un órgano de deliberación, y cualquiera que sea su contenido (exhortación, declaración, aprobación, recomendación, decisión obligatoria, etcétera).

11 Ver Asamblea General 38/366 del 29 de septiembre de 1983.

indecisos, y que es así designada por los juristas anglosajones), puede contribuir a la formación de normas consuetudinarias. Por las finalidades que persiguen, esos principios de derecho internacional económico proclamados por Naciones Unidas, pueden efectivamente hacer evolucionar la *opinio iuris*. Pero también, la exacta determinación de la línea límite de positividad o de “normatividad”, más acá de la cual esos principios quedan desprovistos de todo valor propiamente jurídico, es ciertamente una tarea harto difícil de deslindar y sistematizar.¹²

Ahora bien, hay que proceder con mucha cautela cuando se habla de “politización o ideologilización del derecho” a propósito de lo que aquí tratamos.

Puede existir una politización del proceso de creación jurídica, pero sin que esto conlleve, como muchas veces se pretende, una connotación negativa. No se trata de una negación del derecho que vendría a ser reemplazado por la política, en el sentido de una relación de fuerzas, simple y llanamente.

Nosotros no lo entendemos así, y el problema no se plantea en esta alternativa. Se trata de una utilización particular del derecho que corresponde a una cierta manera de abordar y buscar soluciones a los problemas jurídicos existentes.

Nadie va a negar que en múltiples ocasiones los Estados en desarrollo han utilizado procesos y técnicas jurídicas, politizando a éstas en el transcurso de las negociaciones. Todo ello con el fin de hacer aceptar sus reivindicaciones y poder acelerar la imprescindible mutación de ciertas normas del derecho internacional clásico, que como todo derecho debe adaptarse a las necesidades más imperiosas de la sociedad que pretende gobernar.

No existe pues una politización del derecho en sentido negativo, esto es, no se trata de una “corrupción del derecho por la política ni de una subversión ideológica”;¹³ el nuevo orden no es sino un proyecto de sociedad para la comunidad internacional. No se puede transformar la sociedad por decreto, es cierto, pero la cuestión no está ahí, ya que en realidad un nuevo orden se está produciendo ante nosotros, y entonces —como dice Abi-Saab—, la verdadera cuestión está en saber si es preferible que se

12 Ver Seidl-Hohenveldern, Ignaz, “International economic, soft law”, *Recueil des Cours de l’Academie de Droit International (RCADI)*, de La Haya, 1979, vol. II, pp. 169 y ss.

13 Ver Torelli, Maurice, “L’apport du nouvel ordre économique international ou droit international économique”, Colloque de Nice.

elabore por generación espontánea, dejando en libre juego a las fuerzas económicas, o si lo mejor no está en tratar de planificar y canalizar ese proceso mediante un esquema social.

Por lo demás, no deberíamos olvidar que el acto de legislar es siempre un acto político, y es entonces un desconocimiento fundamental de la naturaleza de ese proceso el hablar de politización a su respecto.¹⁴

IV. IGUALDAD SOBERANA DE LOS ESTADOS

El principio de la igualdad soberana de los Estados aparece como un corolario del derecho de los pueblos a la autodeterminación, esto es, como una auténtica consecuencia lógica.

La noción de soberanía que implica la exclusividad, autonomía y plenitud de las competencias territoriales, son atributos que no se conciben de una manera absoluta más que en el seno del orden jurídico interno. Y esto es así porque ellos tendrían que ser necesariamente relativizados desde el momento en que la soberanía, por decirlo de alguna manera, se enfrente con una forma cualquiera de comercio internacional.

Ciertamente sigue siendo verdad que la facultad de contraer compromisos internacionales es precisamente un atributo de la soberanía (fórmula clásica del *Caso Wimbledon*); sin embargo, los imperativos del desarrollo y de la cooperación subrayan el carácter excesivamente voluntarista de la explicación clásica de la soberanía. Ésta, en las diversas manifestaciones en el seno del orden jurídico internacional, no puede seguir siendo considerada como “suprema”.

La soberanía no se deja ya definir más que con base en una doble prerrogativa: la independencia, es decir la capacidad para el Estado de autodeterminarse, y segundo, por su poder de entrar en relaciones con los otros actores de la sociedad internacional.

La segunda prerrogativa no puede, sin embargo, seguir concibiéndose, y cualquiera que sea el nivel de desarrollo de los Estados en cuestión, según la tradicional significación de la soberanía, es decir en función de su sola y libre determinación.

La realidad económica ha impuesto irremediablemente una concepción diferente de la soberanía. La incursión de la economía y el desarrollo

14 Ver “Débats sous la présidence de M. le doyen Colliard”, *Les Nations Unies et le Droit International Economique*, Colloque de Nice, SFDI, París, Pédone, 1986, pp. 90-98.

dentro del derecho internacional, ha hecho que se manifieste con toda virulencia los equívocos implícitos en la noción de la soberanía en su significado tradicional.

El emprender análisis más rigurosos sobre los procesos económicos, iba a comprobar fehacientemente la complejidad de las relaciones entre soberanía política y explotación de las riquezas del suelo y subsuelo, y más aún, del aparato económico en su totalidad.

Hay que tener muy claro que con ser “soberano”, detentar la soberanía, no se garantiza que la explotación de las riquezas se hará en beneficio de la población que ocupa el territorio.

Luego entonces deberá precisarse claramente la significación económica de la soberanía, e inversamente ser conscientes de que el monopolio al acceso de las riquezas naturales tiene un paso previo y éste sería la afirmación de los “derechos soberanos” sobre los espacios que los encierran.¹⁵

V. SOBERANÍA PERMANENTE SOBRE LOS RECURSOS NATURALES

La idea de la “soberanía permanente sobre los recursos naturales” queda obviamente vinculada al fenómeno del subdesarrollo, es decir, a la coexistencia de países altamente industrializados, en busca de mercados que los aprovisionen en materias primas y de inversiones en el exterior, y por otro lado por países en desarrollo, que sólo disponen de un aparato arcaico o desequilibrado.

Esta situación ha permitido percibir a los países en desarrollo que su acceso a la independencia política —a la soberanía— les ha impedido adquirir el control sobre su propio aparato económico, cuyos elementos más productivos continuaban siendo explotados por el extranjero.

De ahí la reivindicación de un derecho sobre dicho aparato económico en manos extranjeras, considerada ésta como una “condición”, una “parte integrante” de la soberanía, o más aún, como un derecho inherente a esta misma.¹⁶

15 Ver Benchikh, Madjid, *Droit international du sous-développement: nouvel ordre dans la dépendance*, París, Edit. Mondes en Dévenir, 1983, pp. 130-214.

16 El principio de la soberanía sobre los recursos naturales, se le encuentra expresado desde 1952. Resolución emitida por la Asamblea General de las Naciones Unidas (A/Res.), núm. 626 (VII), 1952, para que después sea retomado en una declaración de principios ya célebre (A/Res. 803 (XVII), 1962).

La soberanía permanente viene a constituir así el primer elemento real de un verdadero derecho al desarrollo, ya que está expresando el derecho para los pueblos, de utilizar los recursos existentes sobre el territorio en donde yacen para las necesidades de su propio desarrollo y de apartar todos los obstáculos jurídicos que pudieran oponerse a esta finalidad.

Ahora bien, si el concepto mismo de “soberanía permanente sobre los recursos naturales”, se beneficia de una aceptación general y puede considerarse como un principio establecido en derecho internacional, sin embargo, por lo que respecta a sus modalidades de ejercicio, nos encontramos con que sigue siendo objeto de fuertes controversias.¹⁷

Si nosotros, por ejemplo, quisiéramos comparar lo que se postula en las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas, concretamente la 1803 del año 1962 (párrafos 2o., 3o. y 8o.), y la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados de 1974 (artículo 2o., párrafo 2o. [a]), nos encontramos que ambas sostienen el derecho para el Estado de regular la inversión extranjera de acuerdo con sus propios objetivos de planeación económica.

Pero más allá de ello, la carta enfatiza, por ejemplo, la libertad de todo Estado a no verse obligado a otorgar un “tratamiento preferencial” al inversionista extranjero, en tanto que la Resolución 1803 especifica que una vez que el Estado autoriza el capital extranjero, la inversión deberá ser gobernada por los términos de la concesión, la legislación nacional vigente y el derecho internacional; todo acuerdo libremente concertado deberá cumplirse de buena fe.

La ausencia de referencia al derecho internacional en el artículo 2o., párrafo 2o. inciso a) de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, a pesar de su impacto psicológico —como dice el informe del

El mismo “principio” queda consagrado por el artículo 1o. de los dos pactos internacionales de los derechos humanos (A/Res. 2200 (XXI), 1966 en vigor desde 1976), así como por el artículo 4o. de la declaración relativa a la instauración de un nuevo orden económico internacional, y finalmente en el capítulo II, artículo 2o. de la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados (A/Res. 3281 (XXIX) 12-XII-1974), en donde adquiere el principio en cuestión un alcance mayor y quizás, mejor aún, una transformación sustancial. Para todo esto ver el volumen colectivo *Justice économique internationale: contributions à l'étude de la Charte des Droits et des Devoirs Économiques des Etats*, pref. de Andre Fontaine, París, Edit. Gallimard, 1976. También Gómez-Robledo Verdúzco, Alonso (comp.), *La soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales*, México, UNAM, 1980.

¹⁷ Ver Gess N., Karol, “Permanent Sovereignty Over Natural Resources: an analytical review of the United Nations declaration and its genesis”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 18, abril de 1964, pp. 398-499.

UNITAR— no precluye la aplicación del derecho internacional en aquellos casos en que tenga lugar su aplicación.

Igualmente, el hecho de que no se haga referencia a la norma *pacta sunt servanda*, no significa su inaplicabilidad; no existe legislación nacional alguna que refute dicho principio. Sin embargo, el principio *pacta sunt servanda* no significa, por otra parte y en ningún sistema legal, que los acuerdos, tratados o convenciones sean inmunes a los cambios que se llegan a suscitar.¹⁸

VI. INVERSIONES EXTRANJERAS

El problema de la reglamentación de las inversiones extranjeras, cada vez que se plantea, hace resurgir todas las preocupaciones, fantasmas y temores que oponen a los países industrializados y los países en desarrollo, ya que esquemáticamente mientras que para el inversionista sus tres preocupaciones esenciales se reducen a la *a) rentabilidad, b) seguridad y c) financiamiento de su inversión*, para los países en desarrollo, por el contrario, sus objetivos no son únicamente el obtener ciertos beneficios económicos sino que sus preocupaciones —reduciéndolas igualmente a número de tres— serían las de *a) elevar el nivel técnico del país; b) la integración de la inversión extranjera en el proceso de desarrollo y c) la salvaguardia de la independencia nacional*.

En otras palabras, lo que se pretende es evitar la creación de “oasis de desarrollos”, cuya presencia queda sin efecto sobre la expansión de la economía circundante, generándose verdaderos *ghettos* sociales que funcionan en circuito cerrado y sin contacto alguno con la población local.¹⁹

Por otro lado, la validez de la nacionalización y de la expropiación dentro del marco del derecho internacional público no parece ya objetable

18 Ver *Progressive development of the principles and norms of international law relating to the New International Economic Order*, A/39/504/Add.1, 23 de octubre de 1984, pp. 49 y 50. Hasta donde se sabe, el Tribunal de Hamburgo, al examinar en 1973 el monto del embargo del cobre chileno, se basó al fallar en contra de Chile, fundamentalmente, en el hecho de que la “ley chilena sobre beneficios excesivos” era *retroactiva*, y no tanto en la invalidez de esta tesis. Ver Castañeda, Jorge, “La Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados desde el punto de vista del derecho internacional”, en el volumen colectivo *La soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales*, p. 31, nota 10.

19 Ver Allain, S., “Investissements Privés et Développement”, *Pays en voie de développement et transformation du droit international*, pp. 252-271.

en lo que al principio mismo se refiere, pero siguen siendo las modalidades en que se lleva al cabo, lo que continúa causando grandes escozores y dificultades mayores.

La tendencia general entre los países exportadores de capital es la de declarar toda apropiación de la propiedad extranjera como no legítima, desde el momento en que no esté acompañada por el pago de una “indemnización pronta, adecuada y efectiva”, mientras que para los países en desarrollo las características y modalidades de la indemnización deberían poder determinarse en cada caso en particular, y tomando como base el estado mismo del subdesarrollo de cada país.

Es interesante hacer notar que incluso algunos países en desarrollo han cuestionado el fundamento mismo de la indemnización en su sentido clásico, haciendo valer la llamada teoría de los “beneficios excesivos” o “beneficios exorbitantes”. Los beneficios de una empresa serán juzgados excesivos, cuando la comparación de los resultados financieros de esa empresa frente a otra empresa con el mismo objeto, y operando en condiciones relativamente parecidas, aparece una diferencia tal que la sola explicación de esta última diferencia solamente puede encontrarse en la infraestructura económica y las condiciones sociales del país en donde opera la empresa.²⁰

Obviamente que esta teoría, que surge con las famosas nacionalizaciones de las compañías cupríferas *Anaconda* y *Kennecott*, llevadas al cabo por el gobierno chileno en 1971, iba a ser terriblemente atacada no sólo por el Departamento de Estado norteamericano sino por varios juristas occidentales, que no verían en ella sino un puro pretexto para *confiscar* simple y llanamente los haberes de las sociedades cupríferas americanas.²¹

20 Ver Boye, M. A., citado en Patricia Buirette-Maurau, *op. cit.*, p. 109, nota 100. Otros autores fundamentan jurídicamente la tesis de los “beneficios excesivos” en el principio de enriquecimiento sin causa, o más bien, asimilándolo a dicho principio y como una aplicación de esa doctrina aceptada por todas las legislaciones nacionales. Ver Touscoz, J., “La nationalisation des sociétés pétrolières françaises en Algérie et le droit international”, *Revue Belge de Droit International*, 1972, vol. VIII, núm. 2, p. 496.

21 “*The provision on ‘excess profits’ has no foundation in generally accepted principles of international law as recognized by the United States. There were no ‘excess profits’ under the laws of Chile in effect at the time profits were earned and dividends paid*”, Lillich, R. B., “*The valuation of the cooper companies in the chilean nationalisations*”, *American Journal of International Law*, 1972, p. 216.

VII. *MINIMUM STANDARD Y CLÁUSULA CALVO*

Dentro de este contexto, quisiéramos por último tocar un punto que actualmente cobra especial interés, pues de aquí o de allá se oyen declaraciones que ya no sólo propagan desconcierto y asombro, sino también a veces pavura e incredulidad.

En la carta se establece que ningún Estado estará obligado a acordar un “tratamiento preferencial” a la inversión extranjera (artículo 2o., párr. 2o., *a*). Esto equivale a decir, en nuestra opinión, que un inversionista extranjero no podría reclamar una situación jurídica más favorable que aquélla reconocida a los nacionales de su país de residencia. Y ello por la simple razón de que en la medida que el Estado se viera obligado a observar con respecto a los extranjeros un tratamiento preferencial en comparación con el reservado a sus connacionales, dejaría de estar gozando del libre ejercicio de su soberanía.

Es cierto que esta concepción no es fácil que encuentre una acogida favorable entre los países industrializados con economía de mercado que siguen aferrándose, en una u otra forma, a la tesis del *international minimum standard*.

Dicho *minimum standard* debería acordar una situación jurídica privilegiada al extranjero, cuando la situación reservada a los nacionales por el derecho interno permaneciese por debajo de ciertas reglas o principios que estarían de alguna manera consagrados por el derecho internacional.

Sin embargo, y por más que se siga arguyendo la validez de dicha tesis —Estados Unidos la avanzó en repetidas ocasiones en el seno de la Comisión de Reclamaciones México-Estados Unidos de 1923—, los análisis más serios sobre esta doctrina, como lo es a mi juicio el de Andreas Roth, demuestra que existe una gran ambigüedad y múltiples contradicciones en esos llamados estándares internacionales, y que por lo demás han revelado una gran imprecisión en el contenido mismo de sus postulados.²²

En el célebre Caso de la *Barcelona Traction*, el juez mexicano Luis Padilla Nervo, en su opinión individual, sostenía que las inversiones privadas serían alentadas en la medida en que los Estados que las reciben puedan tener la certeza que el Estado nacional del inversionista no hará un uso indebido del pretendido derecho de protección diplomática, como

22 Ver Roth, Andreas, *The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens*, Genéve Leyde, Sijthoff, Thèse, 1949.

un pretexto para ejercer presiones políticas o económicas peligrosas para la soberanía y la independencia de los Estados menos poderosos o menos desarrollados.

La historia de la responsabilidad de los Estados, en materia de tratamiento de extranjeros, seguía diciendo Padilla Nervo, es una historia de abusos, injerencias ilegales en los órdenes nacionales de los países débiles, de reclamaciones injustificadas, amenazas e incluso agresiones militares bajo la cobertura del ejercicio de derechos de protección, y de sanciones impuestas para obligar a un gobierno a otorgar las reparaciones demandadas.²³

Los países latinoamericanos, como todos sabemos, no han cesado de hacer de la Cláusula Calvo uno de sus principales caballos de batalla y buen número de entre éstos, la han consignado como una obligación de derecho constitucional: así la encontramos inscrita en el artículo 27, fracción I, de nuestra Constitución; en el artículo 19 de la Constitución de Honduras; en el artículo 17 de la Constitución del Perú, etcétera.

No es el momento, ni me atrevería a ello, de hacer un análisis medianamente exhaustivo de la historia, vicisitudes y pormenores de la doctrina de la Cláusula Calvo, que por lo demás ha sido magistralmente examinada por el maestro César Sepúlveda desde su tesis del año de 1944, y a todo lo largo de las ediciones de su importante *Manual de derecho internacional*.²⁴

Sin embargo, permítasenos decir, que parece que en casos límites como los varios sometidos a la Comisión General de Reclamaciones México-Estados Unidos,²⁵ la Cláusula Calvo puede desempeñar un determinado papel no tanto en cuanto tal, sino accesoriamente, para constituir una excepción, o al menos un atenuante al ejercicio de la protección diplomática.

De esta suerte, no respetar una cláusula de tal naturaleza por la persona privada que se presume lesionada en los términos de su contrato de inversión, puede servir de elemento de prueba para demostrar que dicho inversionista no tenía, como dice la doctrina francesa, las manos limpias

23 Ver “Opinión Individual de M. Padilla Nervo”, *Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, Bélgica, España, Arrêt du 5 fevriser 1970. *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*, pp. 245 y 246.

24 Ver Sepúlveda, César, *Derecho internacional*, 16a. ed. actualizada, México, Portúa, 1991. En particular pp. 247-255.

25 Por ejemplo, North American Dredging Co. of Texas de 1926 e International Fisheries Co. de 1931, Secretaría de Relaciones Exteriores, 1926, 2 vols.

(*les mains propres*), o bien como prueba de que no había cumplido con la “regla general del previo agotamiento de los recursos internos”.²⁶

VIII. CONCLUSIONES

¿Qué puede decir el jurista acerca del Nuevo Orden Económico Internacional? ¿No deberíamos unirnos a los corifeos de aquéllos que sostienen que la “aurora” anunciada por el juez Mohammed Bedjaoui, al final de su famoso libro, no cumplió sus promesas?

¿No sería cierto afirmar que la aportación esencial del NOEI al derecho internacional resultaría paradójicamente de su fracaso global, ya que implicaría un regreso al *realismo*, como sostuvo un ponente en el Coloquio de Niza (86) organizado por la Sociedad Francesa para el Derecho Internacional?²⁷

Por nuestra parte, nosotros rechazamos este tipo de juicios, ya que un examen desapasionado de los principios y normas del NOEI, desde el punto de vista de su contenido normativo y su *status legal*, revela un amplio y complejo horizonte donde se yuxtaponen áreas de verdadera luz y sombra, en donde se proyecta una serie de claroscuros a semejanza de alguna pintura impresionista.

Es indiscutible que muchas de las proposiciones normativas expresadas a través de esos principios y normas son en un gran porcentaje aceptadas en su generalidad.

Pero es el grado y nivel de esa común aceptación que comienza a ser problemático apenas entramos a la discusión de sus condiciones específicas y modalidades de aplicación o derogación.

Por otro lado, nadie va a negar que las expectativas creadas a mediados de los años setenta sobre la instauración de un NOEI están muy lejos de haberse convertido en una, tan siquiera, mediana realidad.

26 Ver Chappez, Jean, *La Régule de l'Epuisement des Vois de Recours Internes*, París, A. Pédone, 1972, pp. 71-83. Como dice César Sepúlveda, una mejor redacción de la Cláusula Calvo, como renuncia a la protección diplomática, la encontramos en la *Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera*, del 16 de febrero de 1973: “Los extranjeros que adquieren bienes de cualquier naturaleza en la República Mexicana aceptan, por ese mismo hecho, considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y no invocar la protección de su gobierno por lo que se refiere a aquéllos, bajo la pena, en caso contrario, de perder en beneficio de la Nación los bienes que hubieren adquirido”, *op. cit.*, p. 251.

27 Ver Torrelli, Maurice, “L’apport du nouvel ordre économique international au droit international économique”, Colloque de Nice, *op. cit.*, pp. 50-55.

Pero el balance, con todo, dista mucho de ser negativo, pues como bien dice el profesor Abi-Saab, en un orden jurídico como el derecho internacional, en donde por ausencia de un Poder Legislativo, no existe posibilidad de una creación instantánea de normas de derecho internacional general, el proceso de elaboración de tales principios es casi siempre lento, arduo y prolongado; en donde las fronteras entre lo que es derecho positivo y lo que es “pre-derecho” o *soft law*, no puede ser siempre claramente definido.²⁸

Por lo demás, no hay que olvidar que uno de los principios clave del NOEI no es otro sino el del “patrimonio común de la humanidad”, contenido en la Convención de Montego Bay de 1982, y que consiste en afirmar que la zona de los fondos marinos más allá de los límites de la jurisdicción nacional (es decir de la ZEE y la PC) y sus recursos, deben ser explotados únicamente en beneficio de la humanidad.

El órgano encargado de administrar el patrimonio común de la humanidad y regular su exploración y explotación será la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, organización internacional de la que podrán ser miembros todos los Estados (conforme al artículo 156, los Estados partes en la Convención son *ipso facto* miembros de la Autoridad).²⁹

En definitiva, la progresión hacia un NOEI supone una negociación continua. Por el momento parece que existe una coexistencia de prácticas contradictorias: un sector de éstas se aplican a lo que podríamos llamar; del “sistema central”, que rigen las relaciones comerciales entre países industrializados, mientras que otro sector de estas prácticas, de inspiración diferente, se aplican a sus relaciones con el “sistema periférico”, formado por los países en desarrollo.

Como dice René-Jean Dupuy, en su última obra: ‘los países del Tercer Mundo conscientes de su mayoría en Naciones Unidas, experimentan una evidente nostalgia legislativa. Ante la imposibilidad de imponer su ley, ellos no pueden sino tratar de incursionar en las vías escarpadas de la negociación’.³⁰

28 Ver *Report of the Secretary General. Addendum*, A/39/504/Add.1 (1984), *op. cit.*, p. 102, párrafos 208, 209 y 210.

29 Ver Gómez-Robledo V., Alonso, *El nuevo derecho del mar. Guía introductiva a la Convención de Montego Bay*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1986, pp. 93-115. No hay que olvidar que el “Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna, y otros cuerpos celestes”, del 27/V/1967, especifica que toda utilización de este espacio debe hacerse en provecho de toda “la humanidad”. Ver Lachs, Manfred, *El derecho del espacio ultraterrestre*, México, FCE, 1977, anexo I, pp. 197-203.

30 Dupuy, René-Jean, *La Clôture du système international: La cité terrestre*, París, Presses Universitaires de France, 1989, pp. 38 y 39.