

# Derecho internacional contemporáneo: ¿el ‘imperio de la ley’ o la ‘ley del imperio’?\*

José E. ÁLVAREZ<sup>1</sup>

Columbia Law School

Recibido: 14/09/2009

Aprobado: 25/10/2009

## Resumen

Introducción. I. El ideal del Derecho: a). Los Estados Unidos y las Naciones Unidas. b). Tratados internacionales de inversión. II. Contra-narrativa: La Ley del Imperio: a). El Consejo de Seguridad: Legislando la hegemonía. b). Inversión Internacional. III. La complejidad de los regímenes internacionales contemporáneos: a). La reacción contra el consejo de seguridad. b). Restricciones del Imperio en las inversiones internacionales. IV. Un acercamiento a la comprensión de ‘imperio’: a). El imperio antiguo. b). El moderno imperio de la ley. V. Conclusión.

*Palabras clave:* ley del imperio, poder hegemónico, EE.UU., ONU, derecho internacional.

---

\* N. de T.: Traducción del artículo: "Contemporary International Law: an 'Empire of Law' or the 'Law of Empire'" publicado en el nº 24 de *American University International Law Review*, 2009, pp. 811-842, por Delia M. Manzanero Fernández, beneficiaria de una ayuda Predoctoral de Formación de Personal Investigador asociada al proyecto de investigación: "Filosofía del derecho y sociología en los escritos de Giner de los Ríos y Joaquín Costa" (HUM2006-01448) de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid, dirigido por José Manuel Vázquez-Romero y financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

<sup>1</sup> Este artículo se compone de las observaciones expuestas en la Escuela de Derecho de la *American University Washington College of Law en Septiembre de 2008*. Expreso mi agradecimiento a Michael Doyle por sus comentarios recibidos.

## Contemporary International Law: An 'Empire of Law' or the 'Law of Empire'?

### Abstract

Introduction. I. The ideal of Law: a). The United States and the United Nations. b). International Investment Treaties. II. Counter-Narrative: Law of Empire: a). The Security Council: Legislating Hegemony. b). International Investment. III. The complexity of Contemporary International Regimes: a). The backlash against the Security Council. b). Constraint of Empire in International Investment. IV. A contemporary approach to understanding 'Empire': a) Ancient Empire. b). The modern Empire of Law. V. Conclusion.

*Keywords:* Empire of Law, hegemonic power, EE.UU., the United Nations, International Law.

### Introducción

Con demasiada frecuencia, las opciones a las que hace frente Estados Unidos (así como otras naciones) en materia de asuntos exteriores, son presentadas como una opción binaria entre el unilateralismo y el multilateralismo, entre "*bowling alone*" o actuación en solitario, y una participación con otros<sup>2</sup>. Entendida así esta disyuntiva, la cuestión resulta muy potente desde un punto de vista retórico –como cuando el ex-presidente Bill Clinton propuso en la Convención Demócrata de 2008 que el poder de los Estados Unidos no descansaba en su manifiesta potencia militar sino en el poder de su ejemplo (incluyendo presumiblemente su adhesión al Estado de Derecho internacional)<sup>3</sup>. La sugerencia de que comprometerse con el Derecho Internacional exige ceder el despliegue propio de poder unilateral en deferencia de los demás, –lo cual requiere la cesión al consentimiento multilateral y supone una elección entre confiar en la fuerza bruta o confiar en el Estado de Derecho– también es un tópico en materia de derecho internacional. Actualmente la academia jurídica, especialmente en Estados Unidos, se encuentra dividida entre los tradicionales defensores de la juridicidad internacional y los presuntuosos revisionistas que cuestionan la eficacia, cuando menos, la legitimidad democrática de ambos tratados mundiales negociados en las instituciones multilaterales y dentro de las normas consuetudinarias respaldadas por la comunidad internacional<sup>4</sup>. Es fácil ver este abismo

---

2 En general, sobre este tema véase *Unilateralism and U.S. Foreign Policy: International Perspectives*, David M. Malone & Yuen Foong Khong eds., 2003 (investigación de los efectos de la política exterior del unilateralismo de la Administración Bush); cf. Robert D. Putnam, *Bowling Alone: The Collapse and Revival of American Community*, 2000 (investigación sobre las evidencias del descenso de participación comunitaria e interacción social de los ciudadanos estadounidenses y su impacto en el país).

3 Véase su transcripción: "Bill Clinton's Convention Speech", *New York Times*, Aug. 27, 2008, <http://www.nytimes.com/2008/08/27/us/politics/27text-clinton.html> ("La gente de todo el mundo siempre ha estado más impresionada por el poder de nuestro ejemplo que por el ejemplo de nuestro poder").

4 Para un examen de las opiniones de estudiosos sobre este tema, véase José E. Álvarez, "The Closing of the

académico, que se ha visto claramente reflejado en las políticas adoptadas por la administración cesante de Bush, como un cisma entre los que creen en el derecho internacional y los que no lo hacen. En este extremo se encuentra John Bolton, ex-embajador de EE.UU. en las Naciones Unidas, quien se hizo conocido por sostener que el derecho internacional realmente no existe. Bolton afirmó que si bien de las naciones podría decirse que están "políticamente" o "moralmente" obligadas a adherirse a los acuerdos internacionales a los que han dado su consentimiento, no podría decirse que están "legalmente" obligadas por ellos, porque la única ley verdadera es la legislación nacional sancionada por una Constitución nacional, como la de los Estados Unidos<sup>5</sup>. Para Bolton, que retiró la firma de los Estados Unidos del Estatuto de la Corte Penal Internacional en los primeros días de la administración Bush<sup>6</sup>, la batalla contra la juridificación internacional consistirá, nada más ni nada menos, que en proteger al Estado de Derecho de los Estados Unidos de la usurpación de normas sucedáneas multilaterales.

La opinión de que el compromiso con el derecho internacional refleja un cambio binario de encendido/apagado no se limita a este lado del Atlántico. En particular, desde la invasión de los Estados Unidos de Irak en 2003, los juristas y estudiosos europeos en ocasiones han retratado a los Estados Unidos como una nación renegada empeñada en desafiar las normas mundiales y en amenazar con crear un "mundo sin ley", ya sea en relación con el medio ambiente, el derecho penal internacional, el derecho humanitario o los derechos humanos<sup>7</sup>. Para los críticos europeos, como el abogado británico internacional Philippe Sands, la adhesión al derecho internacional requiere un compromiso con la acción multilateral sobre la acción unilateral<sup>8</sup>. Esta división fundamental dentro del mundo académico actual se hizo más patente en una conferencia sobre el unilateralismo celebrada justo antes de los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001<sup>9</sup>. Los europeos (y, sin embargo, muy pocos de los americanos) identificaron la "obligación jurídica de cooperar", como base para el orden mundial y el derecho internacional de post-guerra. Para europeos como Pierre-Marie Dupuy, la presunción utilizada en el Caso Lotus —el derecho de un Estado a actuar en solitario— ha llegado a ser severamente condicionado; de hecho, ha sido reemplazado por un "derecho de coexistencia" que, en general, exige que los estados agoten los recursos multilaterales antes de que puedan legítimamente recurrir a medidas unilaterales<sup>10</sup>.

---

American Mind", *Reconciling Law, Justice, and Politics in the International Arena: Proceedings of the 32nd Annual Conference of the Canadian Council on International Law*, Ottawa, October 16-18, 2003, 74, pp. 85-86, (John McManus ed., 2004); véase también, James C. Hathaway, "America, Defender of Democratic Legitimacy?", *11 EUR. J. INT'L L.*, 2000, pp. 121-122, (donde se critica la tendencia de Estados Unidos a actuar unilateralmente).

5 John R. Bolton, "Is There Really 'Law' in International Affairs?", *10 TRANSNAT'L L. & CONTEMP. PROBS.* 1, 2000, p. 48.

6 John Bolton, *Surrender is Not an Option: Defending America at the United Nations and Abroad*, 2007, p. 85 (donde califica su proclamación de la no suscripción del Estatuto de Roma en nombre de la Administración Bush como su "momento más feliz en el Estado").

7 Véase, por ejemplo, Philippe Sands, *Lawless World: American and the Making and Breaking of Global Rules from FDR's Atlantic Charter to George W. Bush's Illegal War*, 2005 (donde se discuten las políticas unilaterales de EE.UU. en la violación del derecho internacional).

8 Cf. *id.*, pp. 174-80 (Crítica del punto de vista unilateral de la "autodefensa anticipada").

9 Véase, por ejemplo, Pierre-Marie Dupuy, "The Place and Role of Unilateralism in Contemporary International Law", *11 EUR. J. INT'L L.*, 2000, p. 19 (donde se exponen los puntos de vista divergentes de los Estados Unidos sobre el papel del unilateralismo en la política exterior).

10 *Id.*, pp. 23-24.

Esta perspectiva dicotómica tiene evidencias considerables que la respaldan. En particular, en los últimos años, Estados Unidos ha tratado a menudo de "actuar en solitario", a expensas de un compromiso sincero y creíble para participar en negociaciones multilaterales<sup>11</sup>. El ejemplo más famoso del unilateralismo o *excepcionalismo* de EE.UU. es la "Doctrina Bush", que la ex candidata a la vicepresidencia Sarah Palin tuvo problemas para identificar en alguna de sus entrevistas en televisión<sup>12</sup>. La Doctrina Bush, proclamada por la Estrategia de Seguridad Nacional de los EE.UU., mantiene que los Estados Unidos pueden implementar un uso "preventivo" de la fuerza en respuesta a las potenciales amenazas a su seguridad, incluso si estas amenazas tienen un alcance incierto, de lo contrario no habrían provocado esa anticipada autodefensa en virtud del derecho internacional consuetudinario<sup>13</sup>. Este forzado intento de reinterpretar los términos de la prohibición de la Carta de las Naciones Unidas sobre el uso de la fuerza militar no es la única mancha negra en la historia del derecho internacional de los Estados Unidos<sup>14</sup>. Además, los Estados Unidos han rechazado abiertamente su participación en las negociaciones de tratados multilaterales en numerosos frentes durante los últimos años. Con frecuencia hemos seguido una estrategia de actuación en solitario y hemos rechazado la unión con importantes regímenes de los tratados multilaterales —en particular, los acuerdos de control de armamentos (como como el Tratado para la Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares), el protocolo de Kyoto, el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI), la Convención sobre los Derechos del Mar, el Convenio sobre la Diversidad Biológica, la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción, de numerosos acuerdos de Organizaciones Internacionales del Trabajo, y los tratados mundiales sobre derechos humanos como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Convención sobre los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el protocolo número uno del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos<sup>15</sup>. Muchos abogados internacionales, incluidos abogados no-europeos, se han hecho eco de las críticas de estudiosos como Philippe Sands<sup>16</sup>. También muchos de nosotros hemos señalado que la guerra de los Estados Unidos contra el derecho internacional ha tomado además la forma de interpretaciones ilegítimas de algunos de los regímenes de los tratados a los que estamos adscritos, incluidos los Convenios de Ginebra de 1949 y la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes<sup>17</sup>. Incluso nuestro propio Tribunal

---

11 Véase David D. Caron, "Between Empire and Community: The United States and Multilateralism 2001-2003: A Mid-Term Assessment", 21 *Berkeley J. Int'l L.*, 2003, pp. 395 (donde se describe la tendencia hacia el unilateralismo de EE.UU. durante la administración de George W. Bush).

12 Extractos: *Charlie Gibson entrevista a Sarah Palin*, ABC News, 11 de septiembre de 2008, <http://abcnews.go.com/politics/vote2008/story?id=5782924&page=1>. Véase también Harold Hongju Koh, "Prólogo: Sobre el excepcionalismo estadounidense", 55 *Stan. L. Rev.* 1479, 2003, pp. 1497-1501 (donde se discute la Doctrina Bush).

13 *The White House, The National Security Strategy of the United States of America*, 2002, pp. 15-16 <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/nsc/nss/2002/nss.pdf> (delineación de las políticas de seguridad de la Administración Bush, incluyendo la acción preventiva contra las amenazas emergentes a los Estados Unidos).

14 U.N. Charter art. 2, p. 4.

15 Malone and Khong, *supra* nota 1.

16 Véase, por ejemplo, Clyde Prestowitz, *Rogue Nation: American Unilateralism and the Failure of Good Intentions*, 2003 (donde se critica el unilateralismo de EE.UU. y se defienden los enfoques multilaterales para enfrentar el terrorismo y otros problemas mundiales).

17 José E. Álvarez, "Torturing the Law", 37 *CASE W. RES. J. INT'L L.*, 2006, p. 175 (crítica de los memorándums de los abogados de la Administración Bush que justifican las "técnicas mejoradas de interrogatorio").

Supremo ha sugerido que hemos mutilado severamente el derecho internacional, en particular en el curso del movimiento de nuestra "guerra" contra el terrorismo<sup>18</sup>. Pero este punto de vista de la grave situación del derecho internacional contemporáneo –y los desafíos a los que se enfrentan estados como los Estados Unidos– simplifica en exceso las opciones a las que países como los Estados Unidos hacen frente.

Tenemos que tener cuidado con no exagerar la argumentación contra el unilateralismo de Estados Unidos, no sólo por el riesgo de una reacción política partidista, sino sobre todo porque el próximo presidente no puede permitirse el lujo de tener una visión tan simple de las opciones a las que esta nación y el mundo se enfrentan. La próxima administración necesariamente tendrá que dedicar mucho más de lo que jamás hizo la Administración Bush en materia de derecho internacional y en sus instituciones. Cuando esto suceda, se encontrará cada vez con más regímenes jurídicos que son demasiado complejos para ser reducidos a una simple elección entre el unilateralismo y el multilateralismo o el despliegue de poder frente a la sumisión a la ley. Los regímenes jurídicos internacionales contemporáneos no tratan principalmente sobre una elección entre actuar como un imperio anárquico o pre-comprometerse en la cooperación multilateral.

## I. El ideal del derecho

Lo que encontramos cada vez más –en regímenes tan diferentes como aquellos que tratan de prevenir los actos terroristas y los que regulan la inversión extranjera– es una vuelta a lo que yo llamaría un *imperio* de la ley. Esto no es lo mismo que el ideal del Estado de Derecho representado por los abogados idealistas internacionales, ni tampoco el ejercicio del gobierno hegemónico de un imperio nacional particular, es decir, lo que algunos llaman la *ley del imperio*. Tampoco se trata pues de que los imperios de la ley de hoy en día involucren sólo a instituciones multilaterales como las Naciones Unidas.

### A. Los Estados Unidos y Las Naciones Unidas

Para una atenta y adecuada crítica del desafío de los Estados Unidos a la comunidad internacional y las reservas de la Carta de las Naciones Unidas a su decisión de invadir Irak, es importante reconocer cómo en gran medida, incluso la administración Bush, seguía basándose en el derecho internacional y en el de Naciones Unidas para la realización de su "guerra" contra el terrorismo y las armas de destrucción en masa. De hecho, incluso con respecto a la invasión de Irak, los abogados del Departamento de Estado de EE.UU. han preferido no basarse en el concepto controvertido de la utilización preventiva de la fuerza<sup>19</sup>. Su principal argumentación para sustentar la legalidad de esa invasión no se basaba en la Doctrina Bush. En su lugar, los abogados del gobierno encargados de justificar la invasión hicieron hincapié en que las acciones de EE.UU. estaban justificadas porque el Consejo de Seguridad de la ONU autorizó el uso colectivo de la fuerza contra Irak, doce años antes en

18 Ver *Hamdan vs. Rumsfeld*, 548 U.S. 557, 2006, pp. 628-33 (donde se sostiene que los juicios ante comisiones con un diseño especialmente militar violan tanto el derecho de los EE.UU. como el Derecho Internacional).

19 William H. Taft IV y Todd F. Buchwald, "Agora: Future Implications of the Iraq Conflict, Preemption, Iraq, and International Law", 97 *AM. J. INT'L L.*, 2003, pp. 557 (respaldo del uso de la fuerza militar de EE.UU. en Irak, fundamentado en gran medida sobre la base de anteriores resoluciones del Consejo de Seguridad).

la Resolución 687. Además, señalaron que los miembros del Consejo de Seguridad habían aceptado más tarde las acciones militares de EE.UU. y Reino Unido para hacer respetar las zonas de exclusión aérea sobre Irak promulgadas por las Naciones Unidas<sup>20</sup>. Aceptemos o no el argumento de que la invasión de Irak no fue más que un episodio en la aplicación de los propios términos del Consejo de Seguridad de la ONU para seguir ocupándose de una amenaza a la paz internacional, estos argumentos de los abogados de la administración Bush ponen de relieve el hecho de que incluso después del 11-S, la nación "ilegal" de Philippe Sands ha recurrido en repetidas ocasiones al Consejo de Seguridad de la ONU y a los poderes de aplicación de su capítulo VII con respecto a cuestiones relacionadas con el derecho internacional de legítima defensa, la lucha contra el terrorismo y las armas de destrucción masiva, y la ocupación de Irak<sup>21</sup>.

Aunque pocos abogados internacionales de hoy en día aceptan la doctrina unilateral del uso preventivo de la fuerza, muchos de ellos están dispuestos a aceptar el argumento de que las normas que rigen la autodefensa han sido sutilmente modificadas por los preámbulos de las resoluciones 1368 y 1373 del Consejo de Seguridad y por la aquiescencia de los estados en las acciones de EE.UU. en Afganistán después del 11-S<sup>22</sup>. Estas resoluciones implican que:

(1) La violencia terrorista, al menos cuando tiene la magnitud de los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001, e incluso cuando lo realiza un actor no estatal, puede constituir un "ataque armado" a los fines del artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas.

(2) La ayuda de un estado, sea encubriendo, o ratificando *post hoc* los actos violentos realizados por personas de su territorio, o quizá incluso la mera negligencia en el control de esas personas, puede hacer a ese Estado responsable de esos actos y justificar una acción militar en su contra. En otras palabras, tal acción (o inacción) del Estado puede constituir una violación del deber propio del Estado de no violar el artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas (4).

(3) El derecho a responder con fuerza militar contra los individuos terroristas y los Estados que los les dan refugio no se debe convertir en una represalia inadmisibles o en una autodefensa anticipatoria ilegal, o un exceso de las normas de proporcionalidad, sólo porque la amenaza de continuos ataques terroristas siga siendo clandestina e imprevisible (como ha sido desde 11-S)<sup>23</sup>.

En definitiva, los Estados Unidos se han dirigido a las Naciones Unidas, al igual que algunos críticos tales como Sands recomendarían, para asegurarse cuando menos la aceptación multilateral de sus numerosas acciones militares, aparte de aquellas de Irak<sup>24</sup>. Se ha utilizado el derecho internacional para justificar y modificar las normas que permiten el uso de la fuerza.

20 *Id.* p. 559.

21 José E. Álvarez, "Hegemonic International Law Revisited", 97 *AM. J. INT'L L.* 873, Editorial Comment, 2003 (seguimiento del impacto normativo de las acciones del Consejo de Seguridad relativas a la lucha contra el terrorismo, después del conflicto de Irak, y a la auto-defensa contra los talibanes).

22 S.C. Res 1368, pmb., U.N. Doc. S/RES/1368 (Sept. 12, 2001); S.C. Res. 1373, pmb., U.N. Doc. S/RES/1373 (Sept. 28, 2001).

23 Álvarez, *supra* nota 20, p. 879.

24 Richard N. Gardner, "Agora: Future Implication of the Iraq Conflict, Neither Bush Nor the 'Jurisprudes'", 97 *AM J. INT'L L.*, 2003, pp. 585, 589.

Además, asesorados por sus críticos juristas, los Estados Unidos han recurrido al Consejo de Seguridad de la ONU para legalizar sus esfuerzos de tipificar como delito los actos terroristas en todo el mundo. Estos intentos de aplicar la ley del Consejo de Seguridad de la ONU para combatir el terrorismo han acompañado a la "guerra" militar de los Estados Unidos contra el terrorismo<sup>25</sup>. Los Estados Unidos han liderado estos intentos, pero se han llevado a cabo bajo la bandera de las Naciones Unidas. Después del 11-S, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha ampliado sus esfuerzos para imponer "sanciones inteligentes" contra los denominados terroristas y organizaciones terroristas<sup>26</sup>. Las resoluciones del Consejo, con posterioridad a su resolución original 1267 que fue la primera en imponer sanciones a las personas identificadas por el Consejo como miembros o colaboradores de Al Qaeda, crearon procedimientos en virtud de los cuales se negaba el acceso a sus cuentas bancarias o el derecho a viajar al extranjero a cientos de personas u organizaciones de cualquier parte del mundo supuestamente asociadas con Al-Qaeda o los talibanes<sup>27</sup>. Actualmente, un Comité de Sanciones del Consejo de Seguridad aplica las sanciones de manera similar a las que han sido impuestas por la Oficina de Control de Activos Extranjeros de los EE.UU., salvo en que la autoridad de éstas no es de EE.UU., sino la de la ley de la Carta de las Naciones Unidas, y más concretamente, el poder que se le otorga al Consejo, en virtud del Capítulo VII, para llevar a cabo medidas que impongan el cumplimiento de los mandatos, incluso si tales acciones en otras circunstancias pudieran ser contrarias al derecho internacional<sup>28</sup>.

En virtud de la resolución 1373 el Consejo ha legislado de manera eficaz las partes de la Convención Internacional para la Supresión de la Financiación del Terrorismo<sup>29</sup>. En esa resolución, el Consejo de Seguridad ordenó, entre otras cosas, que todos los Estados debían tipificar como delito la provisión de financiación destinada para actos terroristas, congelar los activos de las partes que utilizan esos bienes para cometer actos de terrorismo, y prohibir la transferencia de la financiación del terrorismo. Además, se decidió que los Estados no deben dar refugio a los terroristas o a aquéllos que los financian, y deben aplicar unos controles fronterizos para impedir la migración de los grupos terroristas, y cooperar unos con otros durante las investigaciones de la actividad terrorista<sup>30</sup>. La Resolución 1373 y sus antecesoras, que establecieron el Comité de Naciones Unidas contra el terrorismo ("CTC"<sup>31</sup>) para supervisar estos esfuerzos y proporcionar asistencia a los Estados en la aplicación de las exigencias legislativas del Consejo, es un intento de establecer un régimen de lucha contra el terrorismo bastante completo<sup>32</sup>. El papel de Estados Unidos en el impulso

25 Álvarez, *supra* nota 20, pp. 874-78 (descripción de los esfuerzos del Consejo de Seguridad).

26 *Id.*

27 Eric Rosand, "Current Developments, The Security Council's Efforts to Monitor the Implementation of Al Qaeda/Taliban Sanctions", 98 *AM. J. INT'L L.*, 2004, p. 745 (estudio sobre la aplicación de las sanciones contra los presuntos miembros de Al Qaeda y los talibanes).

28 *Financial War on Terrorism: New Money Trails Present Fresh Challenges: Hearing Before the Comm. on Finance*, 107th Cong., S. Hrg. 107-880, 2001, pp. 42-47, disponible en <http://www.senate.gov/~finance/hearings/84922.pdf> (declaración realizada por Alan Larson, Subsecretario de Estado de Economía, Negocios y Asuntos Agrícolas) (donde se presenta un panorama general de las sanciones en EE.UU. y un listado de los procedimientos dirigidos a la financiación del terrorismo).

29 Álvarez, *supra* nota 20, pp. 875.

30 S.C. Res. 1373, *supra* nota 21, pp. 1-2.

31 [N. de T.: siglas inglesas para *counter-terrorism committee*].

32 Eric Rosand, "Current Developments, Security Council Resolution 1373, the Counter-Terrorism Committee, and the Fight Against Terrorism", 97 *AM. J. INT'L L.* 2003, pp. 333, 334-35 (donde se describe la creación del CTC y cómo funciona).

de estas acciones era evidente. Como sugirieron algunos funcionarios de EE.UU., los esfuerzos del Consejo de Seguridad parecían ser un intento de hacer efectivas a nivel mundial las restricciones impuestas por la Ley Patriótica de los EE.UU. y la legislación de EE.UU. en relación con la lucha contra el terrorismo<sup>33</sup>.

Los Estados Unidos también han recurrido al Consejo de Seguridad de la ONU buscando su ayuda en la contención de las amenazas que plantean al mundo las armas de destrucción masiva. Conforme con la Resolución 1540, el Consejo estableció un régimen comparable al establecido en 1373 para la lucha contra el terrorismo<sup>34</sup>. En virtud de dicha resolución, el Consejo, una vez más en conformidad con el Capítulo VII de la Carta de la ONU, prohibió a todos los estados proporcionar cualquier tipo de ayuda a los agentes no estatales que traten de desarrollar, adquirir o transportar armas nucleares, químicas o biológicas<sup>35</sup>. El Consejo también exigió a los Estados adoptar y hacer cumplir leyes adecuadas para avanzar en este objetivo y hacer cumplir las medidas para instaurar controles nacionales sobre tales armas<sup>36</sup>. El Consejo estableció además, con respecto a la lucha contra el terrorismo, un comité independiente cuya función era proporcionar asistencia a los Estados en el cumplimiento de estos edictos y recibir informes estatales donde se indica cómo los Estados los están cumpliendo<sup>37</sup>.

Sería también inexacto describir la ocupación estadounidense de Irak desde la guerra como un retroceso unilateral a la época del imperialismo sin trabas. La ocupación de Irak no se desvinculó de la ley internacional, sino que, por el contrario, fue fruto de su aplicación. Aunque el Consejo de Seguridad ha evitado cualquier comentario que pudiera hacer entender que la invasión de Irak en 2003 por parte de los Estados Unidos fue legal, el Consejo sí ha confirmado la responsabilidad de los ciudadanos de Irak a través de las resoluciones 1483 y sus sucesoras<sup>38</sup>. Las Naciones Unidas, a través del Consejo, han seguido dando el visto bueno a los acuerdos entre las autoridades iraquíes y los Estados Unidos, autorizando su prolongada ocupación por parte de los Estados Unidos<sup>39</sup>. También ha legitimado los esfuerzos conjuntos de los EE.UU. con las autoridades iraquíes para imponer cargos criminales a los líderes anteriores de Irak<sup>40</sup>. Si bien las condenas y subsiguientes ejecuciones de líderes iraquíes como Saddam Hussein, que fueron llevadas a cabo sin la intervención de la Corte Penal Internacional, han recibido no pocas críticas, no sería exacto exponer tales esfuerzos como enteramente desautorizados por las Naciones Unidas<sup>41</sup>. Además, si bien los intentos de EE.UU. de imponer la "democracia" en Irak han invitado también a establecer comparaciones con una era "imperial" perteneciente a un lejano pasado, incluso esos intentos se pueden poner en relación con la autoridad del Consejo. Al menos durante el período previo a la instalación de un gobierno iraquí, el

33 Álvarez, *supra* nota 20, p. 875.

34 S.C. Res. 1540, U.N. Doc. S/RES/1540, Apr. 28, 2004.

35 *Id.* p. 1.

36 *Id.* pp. 2-3.

37 *Id.* p. 4.

38 Álvarez, *supra* nota 20, pp. 882-86.

39 S. C. Res. 1483, p. 4, U. N. Doc. S/RES/1483 (22 de mayo, 2003), véase también David J. Scheffer, "Agora (Continued): Future Implications of the Iraq Conflict, Beyond Occupation Law", 97 *AM. J. INT 'L L.*, 2003, p. 842, (donde se describen las acciones del Consejo de Seguridad de la ONU que permiten a los EE.UU. y Reino Unido la ocupación y gobierno de Irak).

40 S.C. Res. 1483, *supra* nota 37, p. 3.

41 Cf. José E. Álvarez, "Trying Hussein: Between Hubris and Hegemony", 2 *J. INT 'CRIM. JUST.* 2004, p. 319 (donde se examinan las críticas formuladas contra el Tribunal Penal Iraquí, establecido tras la ocupación de EE.UU.).



Consejo de Seguridad dio también a Estados Unidos y Reino Unido, como potencias ocupantes, permiso implícito para reformar las instituciones iraquíes en el grado en que fuera necesario para producir instituciones democráticas<sup>42</sup>. Como algunos comentaristas han sugerido, al emprender estas acciones el Consejo podría haber cambiado sutilmente las reglas subyacentes del derecho de ocupación, según las cuales los ocupantes habrían sido requeridos como meros supervisores no autorizados a participar en reformas integrales o permanentes de las instituciones del país ocupado<sup>43</sup>.

Sería relativamente fácil elogiar todos los esfuerzos del Consejo como el contrapunto a la "guerra" unilateral de la administración Bush contra el terrorismo. Se podrían describir todos éstos como antídotos a los intentos "ilegales" de la Administración de Bush de amenazar preventivamente con el uso de la fuerza, a fin de arrestar a los "combatientes enemigos" sin comunicarlo a la Cruz Roja, o de interrogar a los detenidos con ilegales "técnicas mejoradas de interrogatorio"<sup>44</sup>. No es difícil describir estas resoluciones del Consejo como intentos de utilizar el órgano de seguridad colectiva de la Carta de la ONU del modo como se pretendía, no menos que cabe hacerlo con las resoluciones del Consejo que llevaron a la primera invasión de Irak, a saber, la primera guerra del Golfo del presidente Bush<sup>45</sup>. Ese intento del Consejo ha sido ampliamente elogiado en la literatura especializada como un ejemplo del funcionamiento de la carta de la ONU como el mecanismo de seguridad colectiva que estaba destinado a ser<sup>46</sup>. Al igual que la Resolución 678, que autorizaba el uso de la fuerza por aquellos que actuaban para defender Kuwait, los esfuerzos del Consejo en las resoluciones 1373, 1540, 1267 y 1428 no son en menor medida productos del imperio de la ley. Éstas son acciones del Capítulo VII debidamente autorizadas por la Carta. Asimismo son también productos de la capacidad del Consejo para proclamar una "amenaza de la paz" como lo estime conveniente (de conformidad con el artículo 39 de la Carta de la ONU), y la autoridad en virtud de la Carta que permite al Consejo tomar cualesquiera de todas las medidas (incluyendo acciones que afectan directamente a individuos) de acuerdo con los artículos 41 y 42 de la Carta de las Naciones Unidas<sup>47</sup>. Además, el Consejo está expresamente autorizado por el artículo 103 de la Carta a anular las obligaciones de los miembros vigentes en el tratado en la medida en que fuera necesario para implementar la aplicación de sus sanciones colectivas<sup>48</sup>. Así, las acciones del Consejo parecen ser la encarnación de la legalidad internacional y de las Naciones Unidas que trabajan según lo previsto: una renuncia explícita por parte del "hiper-poder" de la tentación de ejercer sus considerables poderes extra-legalmente.

42 S.C. Res. 1483, *supra* nota 37, pmb., pp. 4 y 8.

43 Scheffer, *supra* nota 37, pp. 844-45.

44 Scott Shane, David Johnston y James Risen, "Secret U.S. Endorsement of Severe Interrogations", *NY Times*, 4 de octubre, 2007, en A1 (informes que muestran que el Fiscal General de EE.UU., Alberto González, aprobó las técnicas de interrogatorio duras a pesar de las críticas).

45 S.C. Res. 678, U.N. Doc. S/RES/678 (Nov. 29, 1990); S.C. Res. 687, U.N. Doc. S/RES/687 (Apr. 3, 1991).

46 Thomas M. Franck y Faiza Patel, "Agora: The Gulf Crisis in International and Foreign Relations Law, U.N. Police Action in Lieu of War: "The Old Order Changeth"", 85 *AM. J. INT'L L.*, 1991, p. 63.

47 Véase la Carta de ONU arts. 39, 41, 42; véase, en general sobre este tema Paul C. Szasz, "Notes and Comments, The Security Council Starts Legislating", 96 *AM. J. INT'L L.*, 2002, p. 901.

48 Véase, por ejemplo, S. C. Res. 748, , *U. N. Doc. S/RES/748*, 31 de marzo, 1992, pp. 17-8 (la imposición de sanciones de aviación a Libia a pesar de pre-existir tratados que garantizaban los derechos de aterrizaje en Libia).

## B. *Tratados Internacionales de Inversión*

La vuelta de los Estados Unidos a los tratados internacionales de inversión es otro ejemplo más del giro de los Estados Unidos hacia el legalismo, alejándose del despliegue absoluto de poder. En los días del imperio oficial, los Estados Unidos, al igual que otras potencias coloniales, amenazaron en ocasiones con la "diplomacia de las cañoneras" para defender los derechos de sus inversores extranjeros privados en el extranjero<sup>49</sup>. Hoy en día, los inversores extranjeros de los EE.UU. tienen más probabilidades de ser protegidos por los tratados internacionales de inversión que por amenazas ilegales, ni siquiera por la amenaza de los Estados Unidos de aplicar sanciones económicas unilaterales contra un estado expropiador (como bajo la enmienda de Hickenlooper de los Estados Unidos)<sup>50</sup>. EE.UU. y otros inversionistas extranjeros son actualmente protegidos por una intrincada red de cerca de 3.000 tratados regionales o bilaterales de protección de las inversiones<sup>51</sup>. Estos tratados suelen contener garantías que, una vez admitidas, los inversionistas extranjeros: 1) recibirán un trato comercial igual al que el Estado de acogida otorga a cualquier otro inversionista extranjero (estatus de "nación más favorecida") o el trato que concede a sus propios inversionistas (tratamiento nacional); 2) recibirán un "trato justo y equitativo" y una "protección y seguridad plenas" de conformidad con el derecho internacional; 3) serán capaces de transferir las ganancias y otro tipo de capital fuera del país sin restricciones monetarias excesivas; y 4) recibirán una indemnización rápida, adecuada y justa si fueran expropiados directa o indirectamente<sup>52</sup>. Muchos acuerdos de inversión también disponen que los inversionistas extranjeros de cualquier estado miembro pueda pasar sin los tribunales locales y tener acceso directo al arbitraje internacional vinculante para resolver violaciones del tratado alegadas por los Estados de acogida<sup>53</sup>. Esto significa que, a diferencia de la mayoría de los regímenes jurídicos internacionales, el régimen de inversión otorga a sus beneficiarios no estatales derechos directamente aplicables a nivel internacional. El régimen de inversión es ejecutado por los miles de inversores extranjeros, principalmente por empresas multinacionales con recursos para invertir en el exterior que pueden proteger sus intereses financieros cuando estos se vean amenazados por el arbitraje internacional. Los mismos inversores extranjeros sirven de abogados privados generales

---

49 Ray C. Jones, "NAFTA Chapter 11 Investor-to-State Dispute Resolution: A Shield to Be Embraced or a Sword to Be Feared?", 2002 *BYU L. REV.*, 2002, pp. 527, 529-31.

50 22 U.S.C.A. § 2370, West 2004. La Enmienda Hickenlooper recorta la asistencia extranjera de EE.UU. a los países que expropiar a ciudadanos de EE.UU. En general, sobre este tema véase Andreas F. Lowenfeld, *International Economic Law*, 2002, p. 473, (donde se muestra el auge repentino de los tratados bilaterales de inversión de EE.UU. en los últimos años).

51 Lisa Sachs & Karl Sauvant, "BITs, DITs and FDI Flows: An Overview", *The Impact of Bilateral Investment Treaties and Double Taxation Treaties on Foreign Direct Investment Flows*, Jeffrey Sachs ed., 2009; José E. Álvarez, "The Evolving Foreign Investment Regime", *ILPOST*, Feb. 29, 2008, <http://www.asil.org/ilpost/president/pres080229.html> (donde se expresa que casi todos los miembros de estos tratados tienen cierta obligación de dar a los inversores extranjeros un tratamiento de nación privilegiada y de proteger a los inversores de los daños causados por los incumplimientos contractuales de inversión o de derecho internacional consuetudinario).

52 R. Doak Bishop, James Crawford, & W. Michael Reisman, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, 2005, pp. 1007-1169 (que tiene en cuenta la interpretación de estos derechos en la jurisprudencia arbitral).

53 Véase *id.* en p. 1009 (donde se apunta que algunos acuerdos de arbitraje requieren, sin embargo, que el caso debe ser presentado primero a los tribunales locales de acogida, pero que si el caso no se resuelve después de 18 meses, entonces el inversor tiene que recurrir en el arbitraje internacional).

para hacer cumplir y posibilitar la interpretación en curso de la ley de inversión internacional<sup>54</sup>. El cuerpo cada vez mayor de la jurisprudencia en derecho internacional de arbitraje de inversión es, pues, una creación tan suya, como de los estados que se comprometen con tratados de inversión.

Los Estados Unidos ejercen un considerable liderazgo en la creación de este régimen internacional de inversiones<sup>55</sup>. Aunque Estados Unidos no fue el primer país occidental en establecer tratados bilaterales de inversión ("BITs"<sup>56</sup>), sus primeros BITs se encontraban entre los que tenían un carácter más protector con respecto a los inversores que jamás antes se había concebido, como lo fue el capítulo de inversión del Tratado de Libre Comercio de América ("NAFTA"<sup>57</sup>)<sup>58</sup>. Las exigencias del estado inversionista traídas en virtud de TLCAN por empresas norteamericanas han alentado a los inversores extranjeros de todo el mundo a recurrir a través del *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones* ("CIADI"<sup>59</sup>) y han ayudado a impulsar el movimiento creciente hacia los inversores de arbitraje estatal en virtud de otros mecanismos, como el Mecanismo Complementario del CIADI y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL)<sup>60</sup>. Los Estados Unidos, el país que ha sido durante un período considerable de tiempo el hogar de los principales inversores extranjeros del mundo, ha dirigido el establecimiento del actual régimen internacional de inversiones. También ha sido muy influyente con respecto a muchas otras acciones de organizaciones internacionales que complementan el régimen de inversión, tales como los esfuerzos realizados por el Fondo Monetario Internacional ("FMI"<sup>61</sup>), el Banco Mundial y los bancos regionales de desarrollo para imponer los estándares de "buen gobierno" a los estados que complementan los derechos concedidos a los inversionistas extranjeros en los acuerdos de inversión<sup>62</sup>.

## II. Contra-narrativa: la ley del Imperio

No todos los abogados internacionales han aceptado la descripción binaria de ley / no-ley, o de acciones unilaterales / multilaterales, antes mencionada. Otros, especialmente aquellos que se consideran a sí mismos miembros de movimientos críticos de estudios jurídicos, sostienen que estos regímenes sólo legalizan el gobierno de los poderosos, y especialmente, de Estados Unidos y sus aliados más cercanos de Occidente. El género académico "Crits", particularmente aquellos que se consideran parte de la tendencia

---

54 Véase Lowenfeld, *supra* nota 48, en 485, 493 (explicación de la importante aportación que los inversores desempeñan en el arbitraje y solución de controversias, las cuales son contribuciones al corpus del derecho internacional).

55 Kenneth J. Vandeveld, *United States Investment Treaties Policy and Practice*, 1992.

56 [N. de T.: siglas inglesas de *Bilateral Investment Treaty*].

57 [N. de T.: siglas inglesas de "*North American Free Trade Agreement*". También conocido TLCAN, "Tratado de Libre Comercio de América del Norte"].

58 José E. Álvarez, "Critical Theory and the North American Free Trade Agreement's Chapter Eleven", 28 *U. Miami Inter-Am. L. Rev.*, 1996-97, p. 303.

59 [N. de T.: también conocido por las siglas inglesas ICSID, "*International Council of Societies of Industrial Design*"].

60 Sachs & Sauvant, *supra* nota 49, pp. xxxviii-xli.

61 [N. de T.: conocido también por las siglas inglesas IMF, "*International Monetary Fund*"].

62 Daniel Kalderimis, "IMF Confidentiality as Investment Regulation: A Theoretical Analysis", 13 *SOC. & LEG. STUD.*, 2004, p. 103; David P. Fidler, "A Kinder, Gentler System of Capitulations? International Law, Structural Adjustment Policies, and the Standard of Liberal, Globalized Civilization", 35 *TEX. INT'L L.J.*, 2000, p. 387.

Perspectivas sobre Derecho Internacional desde el Tercer Mundo ("TWAAIL"<sup>63</sup>), sostiene que los regímenes jurídicos discutidos más abajo constituyen formas contemporáneas de neocolonialismo<sup>64</sup>. Para los críticos actuales del derecho internacional –como Makua Matua, Ugo Mattei, o B.S. Chimni– estos regímenes de derecho internacional defendidos por U.S. no representan la ley de neutralidad entre iguales soberanos favorecida por los idealistas internacionales, sino la ley impuesta por y en servicio de la/s potencia/s hegemónica/s del mundo<sup>65</sup>. Las órdenes del Consejo de Seguridad, los dictados del FMI o las reglas de los tratados de inversión no son, desde una perspectiva crítica, más que la ambición imperial de EE.UU. "blanqueada" por la ley –ya sea por medio de un "lavado de cara" a través del (mal)uso de las Naciones Unidas o de las instituciones financieras internacionales, o impuesto sobre quienes no la aceptaban a través de tratados bilaterales desiguales<sup>66</sup>. *American University Washington College of Law* ha ayudado a popularizar la idea de que gran parte del derecho internacional contemporáneo busca aplicar el "consenso de Washington"<sup>67</sup> sobre cómo se supone que todos los Estados han de comportarse, ya sea con respecto a la amenaza del terrorismo o de los inversionistas extranjeros. Los programas Grotius de conferencias que el *Washington College of Law* ha patrocinado generosamente en las recientes reuniones anuales de la Sociedad Americana de Derecho Internacional han incrementado de manera provocadora el perfil de estos puntos de vista<sup>68</sup>.

#### A. El Consejo de Seguridad: Legislando la hegemonía

Como sugiere mi propio trabajo al representar las recientes medidas del Consejo de Seguridad como manifestaciones del "derecho internacional hegemónico"<sup>69</sup>, esta descripción opuesta del derecho internacional contemporáneo tiene un mérito considerable. Aunque, como se ha señalado anteriormente, es fácil presentar las resoluciones del Consejo examinadas más arriba como ejemplos de que la Carta de las Naciones Unidas funciona según lo previsto, también es fácil sugerir lo contrario. Resoluciones del Consejo de Seguridad tales como la 1373 y la 1540, que pretenden comprometer a todos los Estados no sometidos a ninguna limitación geográfica o temporal, se pueden considerar como un giro "legislativo" o incluso "constitucional" sin precedentes e injustificable para un órgano originalmente destinado a servir sólo como guardián colectivo de la paz, y no como un

63 [N. de T.: en el original inglés, "Third World Approaches to International Law ("TWAAIL")].

64 Obiora Chinedu Okafor, "Newness, Imperialism, and International Legal Reform in Our Time: A TWAAIL Perspective", 43 *OSGOODE HALL L.J.*, 2005, p. 171 (estudio de literatura TWAAIL).

65 Ugo Mattei, "A Theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance", 10 *Ind. J. Global Legal Stud.*, 2003, p. 383 (que describe las nuevas formas de "imperio" el derecho internacional dominado por unos pocos actores hegemónicos); B.S. Chimni, "International Institutions Today: An Imperial Global State in the Making", 15 *EUR. J. INT'L L.* 1, 2004; Makau Mutua, "Critical Race Theory and International Law: The View of an Insider-Outsider", 45 *VILL. L. REV.*, 2000, p. 841 (donde se argumenta que el derecho internacional actual es un reflejo de preocupaciones eurocéntricas).

66 En general, sobre este tema véase: Lloyd Gruber, *Ruling the World: Power Politics and the Rise of Supranational Institutions*, 2000.

67 John Williamson, "What Washington Means by Policy Reforms", en *Latin American Adjustment: How Much Has Happened?*, John Williamson ed., 1990, pp. 7-8 (donde se incluye en el "consenso de Washington" a los poderes políticos, instituciones financieras internacionales, organismos económicos y el gabinete de estrategia).

68 B.S. Chimni, "A Just World Under Law: A View from the South", 22 *AM. U. INT'L L. REV.*, 2007, p. 199 (La Octava Conferencia Anual del Programa Grotius presentada en la reunión anual número 100 de la Sociedad Americana de Derecho Internacional).

69 Álvarez, *supra* nota 20.

legislador global<sup>70</sup>. Mediante el uso de su influencia política en el Consejo, Estados Unidos ha logrado en estas ocasiones burlar el "vehículo *par excellence* del interés comunitario", a saber, la *negociación*<sup>71</sup> de un tratado multilateral, y en su lugar han optado por utilizar un derecho legislativo global no responsable y sujeto a su poder de veto<sup>72</sup>.

La Legislación del Consejo de Seguridad también tiene características peculiares no compartidas por gran parte del derecho internacional. En la Resolución 1373, por ejemplo, el Consejo seleccionó sólo algunas de las disposiciones del recién concluido (y por lo tanto, no ampliamente ratificado) Convenio para la Supresión de la Financiación del Terrorismo, agregó disposiciones que no figuraban en ese tratado (porque no obtuvieron aceptación a nivel multilateral), y omitió aquellas disposiciones que no le gustaban, incluyendo el explícito respeto de otros requisitos del derecho internacional por parte de la Convención. Estos requisitos incluyen las debidas garantías procesales de las personas acusadas de delitos relacionados con el terrorismo, los derechos de las personas extraditadas y las disposiciones del tratado que prevean la posibilidad del recurso judicial<sup>73</sup>. Además, a diferencia de la mayoría de los intentos de aplicar las normas mundiales en las Naciones Unidas, los regímenes 1373 y 1540 del Consejo se basan en grupos de expertos elegidos, no sobre la base de la representación geográfica, sino dominados por expertos de los Estados Unidos y del Reino Unido<sup>74</sup>. Este intento de promulgar una "ley imperial" depende menos de un "servicio civil internacional independiente" de lo que lo hacen la mayoría de los esfuerzos de las organizaciones internacionales. Y el hecho de que los esfuerzos del Consejo de Seguridad en su resolución 1267, que impone sanciones directas a los individuos, sean no menos respetuosos de los derechos al debido proceso que lo que es la ley nacional de EE.UU. con respecto a los "combatientes enemigos" capturados en la guerra contra el terror en los Estados Unidos dice poco en favor del Consejo<sup>75</sup>.

Estas críticas son valiosas en la medida en que nos recuerdan que la vuelta al multilateralismo, o al menos a las instituciones multilaterales establecidas después de la Segunda Guerra Mundial, no aseguran que el ideal del imperio de la ley se cumpla. Como Lloyd Gruber nos recuerda, las duras políticas de condicionalidad del FMI no son menos injustas o inequitativas simplemente porque provengan de una institución multilateral<sup>76</sup>.

### B. *Inversión Internacional*

Es incluso más fácil calificar el régimen internacional de inversiones, basado en su mayor parte en los BITs, como instrumentos del imperio. Los BITs son casos análogos a los acuerdos de capitulación que las potencias occidentales obtuvieron antes de la periferia en el siglo XIX<sup>77</sup>. Según los términos de tales acuerdos, las potencias coloniales occidentales consiguieron la jurisdicción extraterritorial de los territorios de países no occidentales,

70 Jena L. Cohen, "A Global State of Emergency or the Further Constitutionalization of International Law: A Pluralist Approach", *15 Constellations*, 2008, p. 456.

71 [N. de T.: *Las cursivas son del original*].

72 Álvarez, *supra* nota 20, p. 875 (cita de Bruno Simma).

73 *Id.* p. 876.

74 *Id.* (donde se observa que otros miembros no tienen poder ni recursos para oponerse a la dominación de los E.E.U.U. y de Reino Unido).

75 *Joined Cases C-402 y 415/05 P, Kadi v. Council*, 2008 E.C.R. 00 (examen crítico de la legalidad de la legislación europea que aplica las sanciones contra el terrorismo del Consejo de Seguridad).

76 Gruber, *supra* nota 59, p. 55 (donde se señalan los intentos de los líderes del gobierno de culpar al FMI de las dificultades impuestas bajo sus condiciones).

77 Fidler, *supra* nota 56.

eximiendo a los ciudadanos de países occidentales (incluidos los comerciantes e inversores occidentales) de la ley local. Estos acuerdos de capitulación imponían el "estándar de civilización" sobre los "incivilizados" mediante la concesión de jurisdicción por encima de los ciudadanos de naciones occidentales y sus bienes a los funcionarios consulares de los estados occidentales, en lugar de a los tribunales locales<sup>78</sup>. Los estados occidentales justificaron estos tratados basándose en que los Estados de acogida pobres de los comerciantes e inversionistas extranjeros eran incapaces de satisfacer el estándar de justicia otorgado por las "naciones civilizadas"<sup>79</sup>. Como los antiguos acuerdos de capitulación, los actuales BITs también eximen a los inversionistas extranjeros de tener que ir a los tribunales locales. Se limitan a sustituir los mecanismos internacionales de arbitraje por el recurso de los primeros a los funcionarios consulares. Además, mientras que los acuerdos de inversión son oficialmente producto del consentimiento mutuo del Estado, el consentimiento por parte de los países menos desarrollados (PMA<sup>80</sup>) —a términos que son extremadamente favorables para los inversionistas extranjeros que en su mayoría son occidentales— se ha visto duramente constreñido por los dictados del mercado, así como por la privatización y otras exigencias obtenidas por instituciones como el Banco Mundial y el FMI<sup>81</sup>.

### III. La complejidad de los regímenes internacionales contemporáneos

Esta descripción crítica y alternativa de los regímenes jurídicos internacionales no es, a pesar de sus méritos, sino una caricatura. Los intentos de caracterizar los actuales regímenes jurídicos en el Consejo de Seguridad o según los BITs como manifestaciones, bien del ideal de la ley, bien de la "ley del imperio", son excesivamente simplistas. Una mayor atención al funcionamiento real de tales regímenes revela que están sujetos a fuerzas de anti-encubrimiento que hacen de ellos regímenes no sólo hegemónicos sino *también* legales. Hay que entenderlos, más exactamente, no como *la ley del imperio*, sino como *imperios de la ley*.

#### A. La reacción contra el Consejo de Seguridad

Consideremos lo que ha ocurrido incluso en el breve período transcurrido desde el 11-S bajo los regímenes del Consejo de Seguridad señalados anteriormente. El recurso de los Estados Unidos al Consejo de Seguridad para legitimar su uso de la fuerza a raíz del 11-S dio lugar a consecuencias para los Estados Unidos, así como para otros estados y para la ley resultante. Los funcionarios de EE.UU. que optaron por recurrir al Consejo no habían previsto todas estas consecuencias. Si bien la aquiescencia del Consejo de Seguridad en la acción militar en Afganistán ha servido en cierto modo para modificar las normas que rigen la autodefensa, la ley no ha avanzado hacia la aceptación del uso preventivo de la fuerza. Como Ian Hurd ha argumentado, el discurso de justificación jurídica requerido a cualquier estado que acuda al Consejo obligó inicialmente a los Estados Unidos a tratar de justificar

78 *Id.* p. 391-92.

79 *Id.* p. 392.

80 [N. de T.: Países Menos Desarrollados (PMA). En inglés se habla de LDCs (*Least Developed Countries*)]

81 *Cf. id.* p. 404 (que explica que, si bien el derecho internacional sigue siendo un ejercicio de poder hegemónico, las consecuencias económicas y políticas globales de la Guerra Fría permitieron una reforma política y jurídica en los países en desarrollo por el FMI y el Banco Mundial).

su invasión de Irak afirmando la existencia de armas de destrucción masiva. La ausencia posterior de tales armas supuso un coste sustancial a los Estados Unidos en términos de pérdida de aliados<sup>82</sup>. Se puede sostener que el hecho de que el Consejo no llegara a aprobar la invasión ha puesto límite a las mayores tentativas estadounidenses de apartarse de las normas tradicionales que rigen el uso de la fuerza. Del mismo modo, el recurso de los Estados Unidos al Consejo para justificar su ocupación ha impuesto restricciones a las acciones de EE.UU., entre ellas, el hecho de que su presencia prolongada en Irak sigue siendo dependiente de la aquiescencia de Irak y de la subsiguiente aprobación por el Consejo de Seguridad<sup>83</sup>.

La considerable presión ejercida por los estados y organizaciones no gubernamentales que se oponían a los intentos "legislativos" del Consejo también ha afectado a las acciones del Consejo relativas a la lucha contra el terrorismo y las armas de destrucción masiva<sup>84</sup>. Como Ian Johnstone y otros han señalado, los partidarios de la resolución 1373, con el tiempo, han tenido que dedicar mayores esfuerzos en asegurar la aplicación de medidas contra el terrorismo a través de un discurso deliberativo menos dependiente de la autorización, dada de arriba abajo, por el Consejo<sup>85</sup>. Han habido pues mayores esfuerzos para justificar los méritos de las medidas subyacentes y para hacer más transparente el funcionamiento de los comités relevantes del Consejo de Seguridad, así como un cambio hacia formas más responsables de implementación<sup>86</sup>. En 2005, por ejemplo, se organizó el Comité Contra el Terrorismo (CTC) bajo la dirección de un grupo mayor, la Dirección Contra el Terrorismo ("CTED")<sup>87</sup>. Aunque los funcionarios estadounidenses trataron de tener el informe de la CTED únicamente para la CTC, la oposición de otros estados condujo al compromiso por el cual el Secretario General de la ONU sería nombrado como su director ejecutivo<sup>88</sup>. Las insinuaciones de que el objetivo de la resolución 1373 era asegurar la difusión mundial de la Ley Patriota de los EE.UU. han sido discretamente dejadas de lado en medio de un acuerdo cada vez mayor en que la mejor manera de asegurar la cooperación eficaz de lucha contra el terrorismo consiste en persuadir, y no en obligar, a los Estados para que obedezcan. Además, ha habido un intento complementario

---

82 Ian Hurd, *After Anarchy: Legitimacy and Power in the United Nations Security Council*, 2007; véase también Ian Hurd, "The Strategic Use of Liberal Internationalism: Libya and the U.N. Sanctions, 1992-2003", 59 *INT'L ORG.* 2005, p. 501 (explica cómo se puede perder la legitimidad si la hegemonía es vista con demasiada frecuencia como una auto-violación de las reglas del juego).

83 Council on Foreign Relations, *Backgrounder: U.S. Security Agreements and Iraq*, Dec. 23, 2008 (examen de los acuerdos que han determinado la legalidad de la continua presencia de EE.UU. en Irak según lo supervisado por el Consejo de Seguridad), disponible en <http://www.cfr.org/publication/16448/>.

84 Monitoring Group Established Pursuant to Security Council Resolution 1363 (2001) and Extended by Resolution 1390 (2002), Second Report of the Monitoring Group Established Pursuant to Security Council Resolution 1363 (2001) and Extended by Resolution 1390 (2002), U.N. Doc. S/2002/1050, Sept. 20, 2002 (en el que se observa que algunos Estados no han tomado medidas debido a la falta de autoridad legislativa para hacerlo), Per Cramér, "Recent Swedish Experience with Targeted U.N. Sanctions: The Erosion of Trust in the Security Council", en *Review of the Security Council Member STATES* 85, Erika de Wet et al. eds, 2003, p. 105 (donde se estudian las dificultades que encontró Suecia en la aplicación de sanciones emitidas por el Consejo de Seguridad y que se encontraban en evidente contradicción con los derechos fundamentales de los individuos).

85 Ian Johnstone, "Legislation and Adjudication in the U.N. Security Council: Bringing Down the Deliberative Deficit", 102 *AM. J. INT'L L.* 2008, pp. 275, 276 (donde se sostiene que las decisiones de política pública se hacen mejor cuando van acompañadas de una argumentación razonada).

86 *Id.* pp. 288-89.

87 *Id.* p. 285 (donde se observa que la CTED se compone por 20 expertos encargados de ayudar al Comité contra el Terrorismo (CTC) en las decisiones políticas y estratégicas).

88 *Id.*

más formal en la Asamblea General para llegar a un convenio multilateral que, a diferencia de las tentativas más hegemónicas del Consejo, define lo que realmente es el "terrorismo"<sup>89</sup>. Incluso Estados Unidos considera esto necesario para frenar el oportunismo que la 'legislación' antiterrorista del Consejo de Seguridad engendra sin esta beneficiosa definición<sup>90</sup>.

Ha habido una oposición mayor incluso por parte de los miembros hacia las sanciones antiterroristas "inteligentes" impuestas en virtud de la resolución 1267 y otras posteriores. Los miembros rápidamente pusieron objeciones al modo como funcionó este régimen y pronto surgieron dificultades en los tribunales nacionales, en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en el Tribunal Europeo de Justicia<sup>91</sup>. Las presiones políticas de los Estados que se oponían a la inclusión de sus ciudadanos en listas han propiciado cambios en la forma en que funciona el Comité de Sanciones. Aunque inicialmente los individuos eran registrados en listas (en gran parte a petición de los expertos de inteligencia de Estados Unidos y Reino Unido) sobre la base de la confianza política, no había procedimientos para eliminar a personas de la lista de sanciones una vez registradas, y no habían excepciones definidas para que las personas apuntadas tuvieran acceso a algo de dinero para satisfacer sus necesidades diarias de vivienda y alimentos. El Comité de Sanciones de la ONU se vio obligado a modificar sus procedimientos<sup>92</sup>. Bajo la presión europea, dicho Comité se vio obligado a identificar las pautas formales o normas de prueba para que los Estados las siguieran al proponer nombres, así como incorporar excepciones de carácter humanitario y un procedimiento de exclusión de las listas<sup>93</sup>.

Sin embargo, estas positivas medidas para aumentar la transparencia y legitimidad del régimen de lucha contra el terrorismo no fueron suficientes para impedir la culminación de los desafíos antes de las controversias internacionales de los colonizadores. Después de una serie de decisiones judiciales previsibles, tanto en los tribunales nacionales como en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con respecto a que las acciones vinculantes del Consejo no podían ser objeto de revisión o impugnación judicial, en 2008 la gran cámara del Tribunal Europeo de Justicia celebró finalmente en *Kadi vs. Consejo de la Unión Europea* que las sanciones que pretendía imponer el Consejo, tal y como se aplicaban en virtud del derecho comunitario europeo, no podrían ser sostenidas<sup>94</sup>. El Tribunal se negó a declarar que no estaba en condiciones de participar en la revisión judicial de la legalidad de las sanciones que se aplican a las personas que viven en la Unión Europea, y también se negó a declarar que la primacía de las acciones del Consejo de Seguridad podría impedir una investigación sobre si las sanciones correspondientes eran compatibles con los derechos fundamentales reconocidos a los individuos bajo la ley europea<sup>95</sup>. El tribunal se basó en la

89 *Id.* Eric Rosand, Alistair Millar & Jason Ipe, *The UN Security Council's Counterterrorism Program: What Lies Ahead?*, October 2007, pp. 288-89.

90 *Cf.* Human Rights Watch, Current Events, *Opportunism in the Face of Tragedy: Repression in the Name of Anti-Terrorism*, <http://www.hrw.org/legacy/campaigns/september11/opportunismwatch.htm>, last visited Mar. 3, 2009; William Orme, "Response to Terror: U.N. Fears Abuses of Terror Mandate", *L.A. TIMES*, Jan. 2, 2002, en A1 (presentación de ejemplos de gobiernos que restringen libertades bajo el pretexto de luchar contra el terrorismo).

91 Véase, por ejemplo, *Kadi vs. Council*, *supra* note 67; *Bosphorus vs. Ireland*, 2005-VI Eur. Ct. H.R. 109; Case T-253/02, *Ayadi vs. Council*, 2006 E.C.R. II-2139; Case T-306/01, *Yusuf vs. Council*, 2005 E.C.R. II-3533.

92 Véase, por ejemplo, S.C. Res. 1730, pp. 1-7, *U.N. Doc. S/RES/1730* (Dec. 19, 2006) (esbozo del nuevo procedimiento de listas).

93 *Id.*

94 *Kadi*, 2008 E.C.R., p. 61.

95 *Id.* pp. 283-99.



averiguación de que los procedimientos de exclusión de las listas propuesto por el Consejo de Seguridad de la ONU estaban lejos de respetar los derechos de los ciudadanos europeos para hacer valer sus derechos en el curso de un procedimiento pertinente, porque los procedimientos de exclusión de listas eran meramente "diplomáticos e intergubernamentales". El Tribunal de Justicia señaló que los procedimientos eran también defectuosos por no permitir el acceso a las razones y las pruebas que justifican la aparición de una persona en la lista de individuos sancionados, y, por lo tanto, impedían la posibilidad de que ese individuo presentara una defensa y recibiera efectivamente un recurso judicial<sup>96</sup>. A pesar de que las sanciones de la ONU fueron consignadas como "temporales", el Tribunal consideró que la regulación europea que las aplicaba era una interferencia desmesurada e intolerable con el derecho de propiedad del individuo conforme a la legislación europea y al Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>97</sup>. En consecuencia, el Tribunal de Justicia anuló la aplicación de la regulación en lo que se refiere a los afectados por ella con anterioridad, aunque permitió que se mantuviera durante tres meses para que el Consejo Europeo pueda poner remedio a los defectos que dicho Tribunal había encontrado en sus procedimientos<sup>98</sup>.

Cualquiera que fuera el resultado final de ese caso particular, la cuestión de cómo ajustar el régimen de sanciones del Consejo de Seguridad de la ONU contra el terrorismo para hacerlo más compatible con las normas internacionales de derechos humanos es una cuestión que tanto el Consejo Europeo y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas tendrán finalmente que resolver. De lo contrario, la legitimidad y, posiblemente, la legalidad del régimen de sanciones contra el terrorismo de las Naciones Unidas seguirán siendo cuestionadas.

Estos ejemplos indican cómo el derecho internacional contemporáneo establece los límites en que los estados poderosos tratan de utilizar el imperio de la ley o las instituciones multilaterales, incluso en las instituciones en las que los estados poderosos tienen poder de veto, para progresar en la ley del imperio. Los esfuerzos del Consejo de Seguridad no son absolutamente iguales a las medidas que adoptan los Estados Unidos por su cuenta. Incluso el Consejo debe concordar sus acciones legislativas con las expectativas de la comunidad internacional y con el resto del derecho internacional. Como la decisión Kadi sugiere, estos límites se deben a que las acciones del Consejo de Seguridad de la ONU existen en la actualidad dentro de una gran red ineludible del derecho internacional y las instituciones, incluyendo una mirada de tribunales internacionales.

### B. Restricciones del Imperio en las Inversiones Internacionales

Sin embargo, como sugiere el ejemplo del régimen internacional de inversiones indicado más abajo, la ley del imperio también se ve necesariamente limitada, incluso cuando las instituciones multilaterales no han estado tan involucradas en su elaboración o ejecución. En otros casos, las limitaciones reaparecen en la medida en que la ley –incluso la ley hegemónica– sigue basándose en una aplicación recíproca.

---

96 *Ibidem*. pp. 323-326.

97 *Ibidem*. pp. 369-71.

98 *Ibidem*. pp. 372-76.

La afirmación de que el régimen de inversión internacional es comparable a los acuerdos de capitulación del siglo XIX, ignora el hecho de que los flujos actuales de inversión no se dan solamente en una dirección, de norte a sur. Por el momento, Estados Unidos es el principal exportador del mundo, tanto de los flujos de capital como el principal receptor del capital de inversiones extranjeras<sup>99</sup>. Compartimos esta dualidad con otros, como Brasil, Rusia, India y China (abreviado como "BRICs"), todos los cuales son también principales receptores y exportadores de capital<sup>100</sup>. De la cantidad neta de capital de inversión extranjero directo, aproximadamente el diecisiete por ciento de la misma se compone de las salidas de IED<sup>101</sup> de los mercados emergentes<sup>102</sup>. Ya no es exacto describir el régimen jurídico internacional que regula el régimen extranjero como relacionado estrictamente con la protección del capital de occidente, ya que está dirigido al resto del mundo.

Lo que esto significa es que Estados Unidos ha desarrollado, sobre todo en los últimos años, la misma relación de amor-odio en lo que respecta a la inversión extranjera que tienen muchos otros países. Estados Unidos, junto con la práctica totalidad de países (incluidos los reductos comunistas como Cuba) son ahora firmes convertidos a la teoría de la ventaja comparativa de David Ricardo<sup>103</sup>. Esto se aprecia claramente en el hecho de que en el transcurso de los últimos años, casi todos los países del mundo han modificado sus legislaciones nacionales para facilitar a los inversores extranjeros entrar y operar en sus territorios<sup>104</sup>. Prácticamente todos los países consideran hoy en día que el libre flujo de capitales es indispensable para el crecimiento económico. Al mismo tiempo, Estados Unidos comparte los temores de la mayoría de países, incluidos los PMA, sobre si la concesión de derechos recíprocos a todos los inversores interferirá con las prerrogativas de soberanía o resultará un desafío para la legislación nacional<sup>105</sup>. Las adquisiciones extranjeras de compañías de EE.UU., incluyendo servicios públicos previos, siguen siendo un punto de fricción en el debate sobre el poder de los soberanos de influir en el empleo, controlar la seguridad nacional, preservar el empleo local y evitar la subcontratación, estimular la innovación tecnológica y proteger la propiedad intelectual o la seguridad nacional<sup>106</sup>.

---

99 Economic Intelligence Unit, *World Investment Prospects to 2011: Foreign Direct Investment and the Challenge of Political Risk*, 2007, disponible en:

<http://vcc.columbia.edu/pubs/documents/WorldInvestmentProspectsto2011.pdf>.

100 Sachs y Sauvant, *supra* nota 49, pp. xxxii.

101 [N. de T.: Inversión Extranjera Directa (IED). En inglés se habla de FDI (*Foreign Direct Investment*)]

102 *Id.*

103 David Ricardo, *The Principles of Political Economy and Taxation*, Everyman's Library No. 590, Ernest Rhys ed., 1911. En general, sobre este tema véase Alan O. Sykes, "Comparative Advantage and the Normative Economics of International Trade Policy", *1 J. INT'L ECON. L.*, 1998, p. 49 (donde proporciona una introducción y una visión general de la ventaja comparativa).

104 Economist Intelligence Unit, *supra* nota 90, p. 67 (donde señala que de los 2.394 cambios en las leyes nacionales de IED entre 1991 y 2005, el 92 por ciento se destinaron a crear un clima más favorable para los inversores extranjeros).

105 Cf. *id.* pp. 11-13 (donde se presenta el argumento de que un aumento del proteccionismo entre los Estados está obstaculizando la inversión extranjera directa, es decir, las fusiones y adquisiciones).

106 Sachs & Sauvant, *supra* nota 49, en tbd.

La comparación de las disposiciones del modelo BIT de EE.UU. de 1984 con las disposiciones que aparecen en el texto más reciente de EE.UU. parece indicar que, en estos 20 años de experiencia de los Estados Unidos con los tratados de inversión, –incluyendo más de 10 años como demandado en el marco del TLCAN en los casos presentados por los inversionistas canadienses en EE.UU.– se ha efectuado una impugnación de las leyes federales y estatales de EE.UU. en virtud de las garantías vagas e indefinidas del tratado de 1984<sup>107</sup>. Con el tiempo, el gobierno de EE.UU. se ha vuelto más reticente con la protección de los derechos de los inversores extranjeros a expensas de las prerrogativas soberanas de los Estados Unidos. El modelo actual de BIT de los EE.UU. es más del doble de lo que fue anteriormente<sup>108</sup>. Se ha convertido en un documento más completo a fin de proteger mejor los derechos de soberanía o reglamentación que los Estados Unidos ridiculizaron anteriormente cuando se luchaba contra la propuesta de un "Nuevo Orden Económico Internacional", defendida antes por los países menos desarrollados<sup>109</sup>. La versión más reciente del modelo de BIT de los EE.UU. refleja un gobierno que se ha enfrentado a las reclamaciones de los inversores en el marco del TLCAN, el cual desafiaba los derechos de California a proteger sus aguas subterráneas como una violación de las garantías excesivamente amplias de trato justo y equitativo<sup>110</sup>, y afirmaba que una sentencia punitiva de daños y perjuicios del jurado de Mississippi contra un inversionista canadiense constituía una toma ilegal de la propiedad<sup>111</sup>. El reciente lenguaje evasivo del BIT muestra también una sensibilidad hacia las decisiones del CIADI a propósito de la interpretación del BIT entre EE.UU. y Argentina, que encontró a esta última responsable de millones de dólares por daños y perjuicios por los daños infligidos a los inversionistas extranjeros, como consecuencia de las medidas de carácter general que Argentina tomó en respuesta a una grave crisis económica y política<sup>112</sup>.

El nuevo lenguaje de los BIT de EE.UU. vuelve a calibrar el equilibrio entre los derechos otorgados a los inversores y el derecho de la nación a regir en favor de los intereses públicos de diversas maneras. En el marco del nuevo modelo BIT, Estados Unidos ha restringido la definición de la garantía justa y equitativa, sugiriendo que ésta sólo abarca las protecciones tradicionales del derecho internacional consuetudinario<sup>113</sup>. Mientras que esa garantía aún incluye los incidentes de malos tratos por los tribunales nacionales, limita las protecciones de los inversores a los actos atroces que impliquen violaciones básicas del debido proceso<sup>114</sup>. El nuevo lenguaje de EE.UU. en materia de expropiación restringe el

107 Para una tabla comparativa de los textos respectivos de los modelos de BITs de EE.UU. de 1984 y 2004, véase José E. Álvarez, *The Evolving BIT* (próxima publicación en *Transnational Dispute Management* 2009).

108 Para el texto del modelo BIT de EE.UU. de 2004, véase [http://www.ustr.gov/Trade\\_Sectors/Investment/Model\\_BIT/Section\\_Index.html](http://www.ustr.gov/Trade_Sectors/Investment/Model_BIT/Section_Index.html)

109 G.A. Res. 3281 (XXIX), preámbulo., p. 3, art. 18, *U. N. Doc. A/9631* (Dec. 12, 1974) (que promueve un orden económico "basado en la equidad, la igualdad soberana, la interdependencia, el interés común y la cooperación entre todos los Estados, independientemente de sus sistemas económicos y sociales").

110 *Methanex Corp. vs. U.S., (Can. vs. U.S.)*, pt. II, ch. D, 8-9, 44 I.L.M. 1345 (NAFTA Ch. 11 Arb. Trib. 2005), disponible en: [http://naftaclaims.com/Disputes/USA/Methanex/Methanex\\_Final\\_Award.pdf](http://naftaclaims.com/Disputes/USA/Methanex/Methanex_Final_Award.pdf) (que concluye que el tribunal no tenía jurisdicción sobre una demanda de Methanex contra los Estados Unidos basado en la violación del Capítulo 11 del TLCAN).

111 *The Loewen Group, Inc., et al., vs. U.S.*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, 42 I.L.M. 811, 2003, pp. 92-95 (donde se rechaza una acción del capítulo 11 del TLCAN basada en la violación por los Estados Unidos después de un juicio aparentemente injusto).

112 José E. Álvarez y Kathryn Khamsi, "The Argentine Crisis and Foreign Investors: A Glimpse into the Heart of the Investment Regime", *Yrbk International Investment Law & Policy*, 2008-09, p. 379.

113 U.S. Model BIT de 2004, *supra* nota 98, en Artículo 5 y anexo A.

114 Treaty Between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay Concerning the

significado de expropiaciones "indirectas" al de violaciones que serían reconocidas por la Corte Suprema de los EE.UU. en el caso clásico de expropiaciones, *Penn Central*<sup>115</sup>. La jurisprudencia sobre expropiaciones debería reconocer los elementos que figuran en el anexo B (4) en el BIT entre Estados Unidos y Uruguay como los factores de equilibrio identificados por el Tribunal Supremo de los EE.UU. en el *Penn Central*<sup>116</sup>. Por otra parte, el nuevo lenguaje de EE.UU. con respecto a las medidas que "considera necesarias" para la protección de su seguridad esencial sugiere un intento de hacer de esa cláusula fundamentalmente un auto-enjuiciamiento. Así, los árbitros internacionales no pueden adivinar las intenciones de la determinación de un estado cuando adopta una medida que perjudica a un inversor extranjero, pues es necesaria para proteger la "seguridad esencial" a la propia determinación de ese Estado<sup>117</sup>. Los cambios que EE.UU. ha hecho a su tratado de inversión conducen a la protección de la propiedad valorada en esos acuerdos, acercándose a la forma en que los derechos de propiedad son reconocidos y protegidos en la Convención Europea de Derechos Humanos<sup>118</sup>.

Los cambios en el programa BIT de EE.UU. a lo largo de 20 años demuestran que el régimen de inversión ya no se puede caricaturizar como una ley diseñada sólo para proteger los intereses del capital de la metrópoli. Estos cambios muestran que los acuerdos de inversión a día de hoy, o al menos los celebrados por el antiguo líder del régimen de inversión, no son exactamente como los tratados de capitulación de la era colonial. Los BITs de hoy en día se saltan la parte correspondiente a la metrópoli. Como sugieren los cambios de EE.UU. en sus BITs más recientes, la metrópoli sufre de vez en cuando bajo las restricciones del régimen de reciprocidad. Y sin embargo, el hecho de que tanto los países ricos, como Estados Unidos, como los países menos desarrollados sigan aceptando las premisas generales del régimen de inversión y sólo titubeen en torno al margen de la protección de sus inversores, indica en qué medida los Estados siguen considerando interesante ese régimen. La permanente confianza de los Estados en los tratados internacionales de inversión indica el grado en que todos ellos han aceptado ya la premisa de que los flujos de capital liberal proporcionan un beneficio mutuo. La mayoría de los estados no ven sus acuerdos de inversión como un negocio de ganancia-cero como sería en el caso de un acuerdo de capitulación. La mayoría de los estados siguen creyendo que el flujo mutuo de capital eleva todos los barcos. Hoy, cuando el 27 por ciento de los BITs se

---

Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, U.S.-Uru., art. 5, pp. 1-3, annex A, Apr. 4, 2006, S. Treaty Doc. No. 109-9 [en adelante, Tratado de EE.UU.-Uruguay].

115 *Penn Cent. Transp. Co., et al. v. New York City, et al.*, 438 U.S. 104 (1978), U.S.-Uruguay Treaty, *supra* note 104, annex B (donde se utiliza el análisis de las expropiaciones hallado en la decisión del Tribunal Supremo de *Penn Central*, para limitar la definición de expropiación indirecta).

116 *Penn Cent. Transp.*, 438 U.S. en 124.

117 Véase U.S.-Uruguay Treaty, *supra* nota 104, art. 18, p. 2 ("Ninguna disposición del presente Tratado se interpretará... para impedir a una Parte aplicar las medidas que considere necesarias para el cumplimiento de sus obligaciones con respecto al mantenimiento o restablecimiento de la paz o la seguridad internacionales, o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad"). Para el examen de la importancia de este cambio, véase en general Álvarez y Khamsi, *supra* nota 102.

118 *Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, art. 1, Mar. 20, 1952, 213 U.N.T.S. p. 262 ("Toda persona física o jurídica tiene derecho al disfrute pacífico de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad excepto por el interés público y sujeto a las condiciones previstas por la ley y los principios generales del derecho internacional. La anterior disposición no podrá, sin embargo, menoscabar de ninguna manera el derecho de un Estado a hacer cumplir las leyes que considere necesarias para controlar el uso de los bienes de acuerdo con el interés general o garantizar el pago de impuestos u otras contribuciones o multas").

dan entre los países en desarrollo<sup>119</sup> y una parte considerable de los flujos de capital *van a Occidente*, y son *procedentes de Oriente*, es poco plausible describir los acuerdos de inversión como herramientas unilaterales de Occidente. Tampoco países como China y Egipto, que están firmando acuerdos de este tipo para proteger sus inversionistas extranjeros, pueden ser fácilmente caracterizados como agentes del imperio anglo-americano<sup>120</sup>. El régimen mundial actual para la inversión no es simplemente un producto de los tratados impuestos a través de bilaterales afirmaciones del poder por el rico Occidente contra el resto.

#### IV. Un acercamiento contemporáneo a la comprensión de 'Imperio'

La descripción de lo esencial en regímenes complejos, sean dirigidos por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o sean formados por tratados bilaterales de inversión, es un todo un reto. Necesitamos una descripción que reconozca que lo que ahora tenemos delante es diferente de los anteriores imperios, los cuales estaban basados territorialmente o eran esencialmente el producto patente del poder de un estado de gran tamaño. Mientras que estos regímenes permanecían como instrumentos del imperio, necesitamos reconocer que ahora el significado de "imperio" es diferente del que era en la época colonial. Estos regímenes jurídicos contemporáneos existen en un reino más allá de la estadidad, un lugar donde las categorías de la periferia *imperializada* y la explotadora metrópoli se vuelven borrosas.

##### A. *El Imperio Antiguo*

En la antigua usanza, un imperio era universal por definición<sup>121</sup>. Los antiguos imperios se veían a sí mismos como omniabarcantes. Un imperio era un cosmos armónico y autónomo confrontado en otras circunstancias sólo por el caos<sup>122</sup>. Los que permanecían fuera de su dominio eran salvajes incivilizados. En la antigüedad pues los verdaderos "imperios" aspiraban a la universalidad.

El Imperio de Atenas, que comenzó aproximadamente en 478 a. C. y cayó en el 405 a. C. es particularmente interesante. El imperio surgió de una alianza entre los Estados Helénicos contra los persas<sup>123</sup>. En el 454 a.C. Atenas reorganizó la alianza, la Liga de Delos, y estableció una hacienda común en Delos que recogía las contribuciones de los aliados<sup>124</sup>. Bajo el liderazgo ateniense, los estados independientes enviaron representantes al templo de Delos donde las decisiones eran tomadas en un congreso general. La Liga de

119 Sachs & Sauvant, *supra* nota 49, p. xxxiv.

120 *Id.* fig. 8, p. XXV (que indica que China (119 BITS) y Egipto (100) se encuentran entre los diez países con mayor número de BIT en junio de 2007; Estados Unidos no figura entre los diez primeros signatarios BIT). Cf. Walter Russell Mead, *God and Gold: Britain, America, and the Making of the Modern World*, 2007 (donde se describe cómo los poderes de habla inglesa han dado forma al mundo moderno).

121 Stephen Howe, *Empire: A Very Short Introduction*, 2002, pp. 13-14 (donde explica que *imperium*, la palabra antecesora de "imperio", significaba el gobierno sobre amplios territorios sobre los que ningún otro monarca podría reclamar el título).

122 *Id.*, p. 14 (afirma que los griegos crearon y que los romanos abrazaron la idea de que los grupos que estaban fuera del imperio eran bárbaros).

123 Michael W. Doyle, *Empires*, 1986, pp. 54-8.

124 *Ibidem.*, p. 55.

Delos llegó a incluir a las ciudades conquistadas (cuyas poblaciones fueron esclavizadas y cuyas tierras fueron colonizadas por los atenienses) y a los miembros de la Liga que en el pasado se habían sublevado y que fueron obligados a regresar nuevamente a ella y forzados a rendirle tributo. Como describe Michael Doyle, "la Liga de Delos se convirtió así en un imperio en el cual Atenas ejercía el control imperial en buena parte por medios informales"<sup>125</sup>.

Este régimen era sustentado por los "aliados de la clase que pagaba tributos", cada uno de los cuales tenía "jurídicamente independencia, un gobierno formalmente soberano, incluyendo una asamblea democrática"<sup>126</sup>. La Liga de Delos también era sostenida gracias a periódicas intervenciones militares y a la conformidad voluntaria de las poblaciones y las élites de la periferia –quienes, a veces, temían, odiaban o veneraban a Atenas, pero que eran en general conscientes de que la integración en la Liga les confería beneficios económicos concretos, como el acceso al mercado de Atenas, la protección de Atenas contra la piratería, y otros "bienes colectivos"<sup>127</sup> proporcionados imperialmente. A diferencia de la alianza hegemónica de Esparta, la Liga del Peloponeso, (que sólo controlaba las relaciones exteriores de sus aliados), Atenas era más ambiciosa. Recogió tributos, impuestos a la jurisdicción de sus tribunales, regulaba el comercio de sus aliados dominados y trató de imponer una forma "democrática" de gobierno sobre las tradiciones de gobierno autóctonas<sup>128</sup>. Según nos cuenta Doyle, el breve imperio ateniense fue impulsado por sus preocupaciones por la seguridad, sus propios intereses materiales (que incluían la necesidad de mantener abiertas las vías marítimas y el comercio), y su confianza en la difusión de la forma de la vida ateniense<sup>129</sup>.

### B. *El moderno Imperio de la Ley*

Hay evidentes paralelismos entre la Liga de Atenas, los Estados Unidos de hoy en día, y los regímenes actuales para la seguridad colectiva y la regulación de la inversión extranjera. El ejemplo de Atenas sugiere que el imperio puede ser construido por el "aventurero"<sup>130</sup> y orgulloso intento de una sociedad democrática de difundir su forma de vida democrática a los demás; que el imperio se basa en los conceptos de mercado y propiedad privada, en la liberalización del comercio libre entre lo que nosotros hoy llamamos estados nación, y que puede propagarse a través del imperio de la ley de manera extraterritorial. Pero también sugiere que un imperio construido sobre el comercio puede tener aún un impacto en los asuntos extranjeros de la periferia y<sup>131</sup> en asuntos nacionales. Al mismo tiempo, como se demuestra en la discusión previa sobre el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y los regímenes de inversión, no es totalmente correcto describir estos regímenes como meros conductos pasivos para la imposición de la visión de EE.UU. a los demás. Tal interpretación fracasa al no reconocer la fuente principal de la legitimidad y el poder de estos regímenes.

---

125 *Ibidem.*, p. 56.

126 *Id.*

127 *Ibidem.*, pp. 56-57.

128 *Ibidem.*, p. 59.

129 *Ibidem.*, pp. 61-63.

130 *Ibidem.*, p. 65 (donde se define el espíritu aventurero de Atenas como "una actitud mental y un repertorio de acciones que juntos crean una forma distintiva de vida").

131 [N. de T.: *Las cursivas son del original*].

Como ilustra el ejemplo de los imperios antiguos, algunos "imperios" pueden estar basados en ideales universales e incluir normas universales de derecho. El ejemplo de la Liga de Delos demuestra que no puede haber tal cosa como un "imperio de las normas jurídicas" que se pueda distinguir de o que, cuando menos, no se identifique a la norma de un imperio territorial colonial e imperialista<sup>132</sup>. Los regímenes modernos para la lucha contra el terrorismo y para la regulación de la inversión, como muchos otros en el derecho internacional contemporáneo, comparten una serie de características con el imperio ateniense. Los métodos legalistas actuales permiten el ejercicio indirecto del poder hegemónico. Estados poderosos, como los Estados Unidos aún pueden salirse con la suya, pero pueden alcanzar en ocasiones sus metas a través de los procesos de legitimación proporcionados por las instituciones multilaterales o mediante el recurso a las fuentes "tradicionales" garantizadas del derecho internacional, tales como los tratados. No obstante, los efectos indirectos del imperio pueden ser, como los de Atenas, dominantes. Probablemente porque su impacto hegemónico es indirecto, los regímenes jurídicos internacionales actuales pueden penetrar más profundamente en las políticas exteriores e internas de los Estados que las reglas directas de arriba hacia abajo del imperio colonial, las cuales tenían más probabilidades de generar resentimiento y resistencia. El Consejo de Seguridad contemporáneo y los regímenes de inversión, como el imperio ateniense, se basaban en intereses comunes genuinamente compartidos entre los Estados. Su legitimidad y eficacia dependen en gran medida del consentimiento voluntario, incluso si el régimen de lucha contra el terrorismo de las Naciones Unidas se basa, al igual que en Atenas, en la amenaza de intervención militar.

Hoy en día, la mayoría de los estados, como los Estados Unidos, quieren disuadir a los terroristas y evitar su acceso a armas de destrucción masiva. La mayoría de los estados quieren también que ascienda la inversión extranjera y quieren proteger a sus propios inversionistas cuando van al extranjero, ya que muchos estados, y no sólo los Estados Unidos, tienen dentro de ellos el equivalente moderno de una "clase tributaria", es decir, empresarios que se benefician del régimen de inversión. El deseo que la mayoría de los estados tienen sobre el capital extranjero es, en definitiva, no simplemente aquel que es dictado por los burócratas internacionales del FMI. Paralelamente, como indican los cambios en el modelo de BIT de EE.UU., los Estados quieren aún así proteger sus derechos soberanos a regular el interés público, al tiempo que proteger los derechos de los inversionistas extranjeros.

Hay posibles conexiones entre los regímenes modernos internacionales aquí descritos, el auto-gobierno democrático y la seguridad inter-estatal; de hecho, estas conexiones existían en la antigua Atenas. Como con la Liga de Atenas, el régimen de inversión destaca la importancia y la protección de los empresarios privados; como la antigua Liga, se basa en el comercio exterior tanto para la seguridad como para el comercio. Al igual que él, el régimen de inversión también reproduce una división internacional del trabajo. Para algunos, el régimen de inversiones, junto con el régimen de comercio de *La Organización Mundial del Comercio* ("OMC"<sup>133</sup>), es un componente esencial de la "paz liberal"<sup>134</sup>. El

---

132 Cf. Note, "Aspiration and Control: International Legal Rhetoric and the Essentialization of Culture", 106 *HARV. L. REV.*, 1993, pp. 723, 738 ("... La idea del derecho internacional como un mecanismo de ordenación que extrae sus categorías de una cultura esencial pero que se coloca aparte de su contexto cultural sigue disfrutando de un poder retórico considerable").

133 [N. de T.: también conocido por las siglas inglesas WTO, "World Trade Organization"].

Consejo de Seguridad contra el régimen de terrorismo también se basa en la necesidad de proteger la globalización de las amenazas que plantean los agentes no estatales con la intención de destruir o perturbar no sólo el comercio mundial, sino las instituciones democráticas<sup>135</sup>.

Los regímenes mundiales de lucha contra el terrorismo y las inversiones internacionales se asemejan a los antiguos imperios de un modo más fundamental. Estos regímenes aspiran también a la universalidad. Dependen también de verdades sacrosantas que en nuestra era secular se acercan a la revelación divina que justificaba a algunos antiguos imperios<sup>136</sup>. En lugar de un acuerdo universal sobre un solo dios o un conjunto de dioses, hemos puesto nuestra fe colectiva en la fuerza del programa de seguridad colectiva de las Naciones Unidas y, con respecto a la inversión, en la teoría de la ventaja comparativa de David Ricardo<sup>137</sup>. La participación y el cumplimiento de estos regímenes son, cada vez más, las únicas opciones que tienen los estados. Ni el programa de seguridad colectiva de las Naciones Unidas, ni el régimen de inversión tienen un rival claro. Los pocos estados fuera de sus dominios, como los que estaban fuera del imperio de Atenas, bien podrían ser bárbaros. El no participar en estos regímenes es equivalente a un suicidio político o financiero<sup>138</sup>. Para someter a estos regímenes –tener permiso para participar en ellos– es estar autorizado a disfrutar de la nueva definición de formas de "soberanía" lícitas a las naciones estado, como lo fue con Atenas<sup>139</sup>. Para gran parte del mundo, estos regímenes (independientemente de su origen) son percibidos como los requisitos de la civilización contemporánea, moral y políticamente justificada.

---

134 Thomas L. Friedman, *The Lexus and the Olive Tree*, 2000, p. 239 (sugiere que no hay dos países con una franquicia de McDonald's que hayan ido a la guerra).

135 S.C. Res. 1624, pmbll., *U.N. Doc. S/RES/1624* (Sept. 14, 2005) ("Profundamente preocupada de que la incitación de actos terroristas motivados por el extremismo y la intolerancia plantee un grave y creciente peligro para el disfrute de los derechos humanos, amenace el desarrollo económico y social de todos los Estados, socave la estabilidad y la prosperidad mundiales, y debe ser abordado con urgencia y de forma proactiva por las Naciones Unidas y todos los Estados, y haciendo hincapié en la necesidad de adoptar todas las medidas necesarias y adecuadas, de conformidad con el derecho internacional en el ámbito nacional e internacional para proteger el derecho a la vida...").

136 Cf. Michael Hardt y Antonio Negri, *Empire*, 2000, pp. 160-82 (donde se sostiene que el imperio de EE.UU. es motivado por "la ampliación del proyecto constitucional interno de los EE.UU." y la promoción de la independencia y la democracia); Doyle, *supra* nota, 114, pp. 62-63 (donde se incluye entre las motivaciones del imperio de expansión ateniense un deseo de difundir la democracia y su "forma de vida").

137 *Supra* nota 96 y texto adjunto (una introducción de la teoría de la ventaja comparativa de Ricardo). Cf. United Nations Member States, List of Member States, <http://www.un.org/members/list.shtml> (last visited Mar. 3, 2009) (lista de los 196 países que han ratificado la Carta de las Naciones Unidas y son miembros de las Naciones Unidas).

138 Cf. Friedman, *supra* nota 122, p. 248 (donde se observa que los estados que tienen los recursos o la ideología para exceptuarse de la globalización, como Corea del Norte, Afganistán, Sudán e Irán, son la excepción).

139 Abram Chayes y Antonia Handler Chayes, *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*, 1995, p. 27 (define la soberanía contemporánea como "estado", incluyendo la capacidad de participar en instituciones internacionales).



## V. Conclusión

Los imperios de la ley descritos aquí son quizás solamente una aplicación de la visión de Martti Koskenneimi de que el derecho internacional oscila entre la utopía y la apología del Estado<sup>140</sup>. Los imperios de la ley representados aquí están probablemente más cercanos al imperio universalista basado en la globalización de los intercambios económicos y culturales expuestos por Michael Hardt y Antonio Negri en su libro *Imperio*<sup>141</sup>. La suya es una concepción del imperio basado en un "mercado global y unos circuitos globales de producción", un nuevo "orden mundial, una nueva lógica y estructura de gobierno —en resumen, una nueva forma de soberanía"<sup>142</sup>. "Imperio", dicen, "es el sujeto político que efectivamente regula estos intercambios globales, el poder soberano que gobierna el mundo"<sup>143</sup>. Hardt y Negri escriben sobre un mundo post-soberano que "abarca la totalidad espacial" y no conoce fronteras territoriales<sup>144</sup>. Su versión del imperio vincula las sociedades a través de límites políticos espaciales y hace tales fronteras menos relevantes.

Como Hardt y Negri indican, los imperios de la ley reflejan el hecho de que las viejas nociones de soberanía y del ejercicio del poder soberano ya no son suficientes para describir el derecho internacional contemporáneo<sup>145</sup>. Estos regímenes han superado sus orígenes. Ya no son el producto de un imperio territorialmente delimitado, —incluso cuando permiten el ejercicio de las ideologías favorecidas por los poderosos<sup>146</sup>. Tampoco son estos regímenes un mero disfraz del antiguo poder imperialista. Incluso Estados Unidos está descubriendo que el cambio a la utilización de herramientas jurídicas y de instituciones tiene consecuencias. Algunos de éstas serían los controles imprevistos y los equilibrios en el ejercicio del poder hegemónico, como los tribunales internacionales que están proliferando para controlar el poder del Consejo de Seguridad de la ONU<sup>147</sup>. Otras, como las nuevas formas de "equilibrio" que surgen en los BITs, resultan del hecho de que toda ley digna de tal nombre debe ser recíprocamente aplicada. Si los nuevos imperios de la ley de hoy en día resultan ser tan breves como el Imperio ateniense aún está por verse.

---

140 Martti Koskenneimi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, 1989.

141 Hardt y Negri, *supra* nota 124, pp. XIV-XV (donde se argumenta que "la ley del Imperio opera en todos los registros del orden social extendiéndose hasta las profundidades del mundo social"), véase también Susan Marks, "Empire's Law", *10 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD.*, 2003, pp. 449, 461 (que afirma que la globalización reconfigura la autoridad política para crear un nuevo sistema de soberanía).

142 Hardt y Negri, *supra* nota 124, p. XI.

143 *Id.*

144 *Id.* p. XIV.

145 *Id.* p. XII (donde se argumenta que el imperio no es una extensión del imperialismo que funcionó para enriquecer a los colonizadores europeos, sino una descentralización y una desterritorialización del poder). Cf. Marks, *supra* nota 129, p. 461 (que afirma que la globalización crea una nueva forma de soberanía).

146 Marks, *supra* nota 129, pp. 461-64 (donde se hacen comparaciones entre las perspectivas de los abogados internacionales y las de Hardt y Negri).

147 Para ver una tabla de cortes y tribunales internacionales, véase José E. Álvarez, *International Organizations as Law-Makers*, 2005, pp. 404-05.

