

# EL SISTEMA INTERNACIONAL DE INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA DENTRO DEL MARCO DEL DESARROLLO EN COLOMBIA

ALEJANDRO BOTERO URIBE

Monografía

Asesor

*José Alberto Toro Valencia*

UNIVERSIDAD EAFIT  
ESCUELA DE DERECHO  
MEDELLÍN

2017

El sistema internacional de inversión  
extranjera directa dentro del marco del  
desarrollo en Colombia

## Tabla de contenido

<b>Tabla de contenido</b> .....	<b>1</b>
<b>Abreviaciones</b> .....	<b>2</b>
<b>Introducción</b> .....	<b>3</b>
<b>Primera parte. Hacia un cambio de enfoque en el sistema internacional de inversión extranjera directa</b> .....	<b>7</b>
<b>Sección 1. El sistema internacional de inversión extranjera directa</b> .....	<b>9</b>
<i>§1. Algunos aspectos relevantes del sistema internacional de inversión extranjera directa</i> .....	<i>10</i>
<i>§2. La reorientación del sistema internacional de inversión extranjera</i> .....	<i>28</i>
<b>Sección 2. El enfoque de las capacidades humanas como elemento fundante de Los Objetivos de Desarrollo Sostenible</b> .....	<b>35</b>
<i>§1. El debate internacional en torno al desarrollo sostenible</i> .....	<i>36</i>
<i>§2. El enfoque de las capacidades humanas</i> .....	<i>41</i>
<b>Segunda parte. El sistema internacional de inversión extranjera directa de cara al marco del desarrollo colombiano</b> .....	<b>48</b>
<b>Sección 1. La incidencia de los Objetivos de Desarrollo Sostenible en la elaboración de políticas públicas en Colombia</b> .....	<b>49</b>
<i>§1. Los Objetivos de Desarrollo Sostenible y el desarrollo de las capacidades humanas en el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018</i> .....	<i>49</i>
<i>§2. El marco del desarrollo en Colombia</i> .....	<i>53</i>
<b>Sección 2. Algunos puntos de reforma del sistema de inversión extranjera en Colombia</b> .....	<b>58</b>
<i>§1. Iniciativas de reformas de cara a la comunidad internacional</i> .....	<i>60</i>
<i>§2. Algunos puntos de reforma de cara al Estado</i> .....	<i>64</i>
<b>Conclusiones</b> .....	<b>77</b>
<b>Bibliografía</b> .....	<b>81</b>

## Abreviaciones

CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones
IED	Inversión Extranjera Directa
FARC	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia
ODS	Objetivos de Desarrollo Sostenible
ODM	Objetivos de Desarrollo del Milenio
OCDE	Organización para el Comercio y el Desarrollo Económico
PND	Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo

## Introducción

La inversión extranjera directa es una actividad que brinda oportunidades a agentes estatales y privados por medio de los recursos que traen consigo los inversionistas que ingresan al territorio del Estado anfitrión, los cuales propician un mayor crecimiento económico (Lee, 2009: 144-145). Esta actividad se encuentra protegida por un marco regulatorio que busca generar un ambiente seguro para el inversionista extranjero para que este pueda desarrollar su objeto económico sin el riesgo de que el Estado anfitrión, de cara a sus prerrogativas soberanas, ejerza medidas arbitrarias o injustas que puedan afectarlo (Nota, 1994: 1995-1996). Este marco regulatorio es el sistema internacional de inversión extranjera directa, cuyo desarrollo se dio en un entorno de liberalización de mercados globales, donde esta actividad se concebía como una herramienta que permitiría a los Estados generar un mayor desarrollo económico, especialmente a través de la aceleración de los procesos de industrialización que se venían gestando en algunos territorios (Lee, 2009:144).

Este marco regulatorio ha regido por más de sesenta años (UNCTAD, 2015: 121-125), pues la inversión extranjera directa sigue siendo considerada como una actividad que juega un rol importante en la atracción de capital para generar desarrollo económico (Lee, 2009: 144). Sin embargo, producto de las crisis económicas de los años noventa y del 2008 (que reflejaron la importancia para los Estados de tener un margen regulatorio más fuerte), de la experiencia en la implementación del sistema internacional de inversión extranjera directa, y de aproximaciones al desarrollo diferentes que defienden la intervención estatal de cara a las fallas de mercado; varios Estados han modificado su manera de aproximarse a la promoción y regulación de la inversión extranjera, cambiando el énfasis en generar garantías jurídicas sobre la propiedad del inversionista, por mecanismos más proactivos de facilitación de esta actividad que buscan que la misma

contribuya en mayor medida a un desarrollo social sostenible (UNCTAD, 2015: 123-124; Bernasconi & Deitrich, 2015).

Las teorías que han puesto en duda la legitimidad de algunas cláusulas del sistema internacional de inversión extranjera directa, han jugado un rol importante en la elaboración de una agenda internacional en torno al desarrollo, cuyos más recientes debates se han concretado en los Objetivos de Desarrollo Sostenible (Nanda, 2016: 390-392). Estos son el compromiso más amplio a nivel internacional desde los Objetivos de Desarrollo del Milenio para el mejoramiento de la calidad de vida de las personas, haciendo hincapié en la generación de desarrollo presente y futuro, y la protección del entorno humano (Agenda 2030: 2015: Preámbulo). La adopción de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, que es el documento contentivo de los Objetivos anteriormente mencionados, se dio gracias a la propuesta de Colombia y Guatemala de renovar los Objetivos de Desarrollo del Milenio (cuyo plazo de implementación terminaba en el año 2015) (Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, 2016: 13-15). Este papel de liderazgo que jugó Colombia en la estructuración de estos objetivos, se reflejó en la adopción de los mismos en el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 (2015: art. 1), que ha hecho que su implementación tenga un lugar importante dentro de la formulación de políticas públicas en Colombia.

La experiencia colombiana en materia de atracción de la inversión extranjera ha sido fructífera (UNCTAD, 2015: 5) y la capacidad regulatoria de Colombia no se había visto obstaculizada por parte de inversionistas que vieran afectados sus intereses ante medidas tomadas por el Estado colombiano; pero desde el año 2015 el país comenzó a ser objeto de demandas ante tribunales arbitrales con cuantías muy altas por parte de inversionistas extranjeros, alegando tratamientos arbitrarios o medidas expropiatorias (Dinero, 2016). Este fenómeno ha puesto en duda el alcance

de la capacidad regulatoria del Estado de cara al sistema internacional de inversión extranjera directa, lo cual no es ajeno a una constante que desde finales del año 2008 viene dándose en el ámbito internacional, marcada por un aumento del uso de mecanismos de resolución de disputas en materia de inversión, lo cual ha generado dificultades jurídicas sobre “el límite entre las actividades regulatorias permitidas para los Estados” y la obstaculización arbitraria de los derechos de propiedad y las expectativas legítimas de los inversionistas extranjeros; y a su vez, ha revelado la importancia de analizar de fondo los beneficios que traen consigo estos inversionistas, buscando atraer proyectos que estén en armonía con los desafíos nacionales y los objetivos de desarrollo estatal (UNCTAD, 2015: 124; 156); lo cual refleja una necesidad de que el sistema internacional de inversión extranjera directa no solo contribuya con el desarrollo, sino que guarde coherencia con el mismo.

De cara a este escenario, y tomando en consideración el papel de Colombia frente a la implementación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, a lo cual se suman otros elementos importantes como son el cumplimiento de los requisitos para ingresar a la OCDE y la consecución e implementación de los acuerdos de paz con ciertos grupos al margen de la ley; resulta relevante partir de un análisis del sistema internacional de inversión extranjera directa de cara a este marco del desarrollo colombiano; y en este sentido, y teniendo en cuenta que el desarrollo normativo en materia de inversión extranjera se da preminentemente a través de acuerdos bilaterales de inversión (Lee, 2009: 144), preguntarse sobre qué puntos de reforma debe asumir el Estado frente a la regulación de la inversión extranjera, con el fin de analizar si es posible armonizar el funcionamiento de la misma con el marco del desarrollo colombiano.

Para lograr esta finalidad es importante partir de un entendimiento del sistema internacional de inversión extranjera directa, siendo necesario no solo referirse a los aspectos jurídicos del mismo, sino a su desarrollo histórico para entender el redireccionamiento actual del que está siendo objeto el sistema, y los fundamentos del mismo. Tomando en cuenta las teorías que propiciaron este tipo de cuestionamientos, se hace necesario analizar el debate internacional en torno el desarrollo sostenible y la base ideológica de los ODS, cuyo fundamento parte del enfoque de las capacidades humanas. Una vez se tenga delimitado este marco teórico, se procederá a analizar la incidencia de estos Objetivos en la elaboración de políticas públicas en Colombia, partiendo de un análisis del PND, y tomando en consideración otros elementos del marco del desarrollo colombiano como son la implementación de algunos acuerdos de paz y el ingreso de Colombia a la OCDE. Finalmente, con base en estos elementos y partiendo de la necesidad de una mayor capacidad regulatoria para la implementación del desarrollo colombiano, se propondrán algunos puntos de reforma en el sistema internacional de inversión extranjera directa para lograr que la adopción del mismo en el territorio colombiano tenga una interacción más armónica con aquellos.

Tomando en consideración que la implementación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible en el ámbito nacional es un asunto reciente, su análisis de cara la inversión extranjera directa (que ha sido abordada como contribuyente importante del desarrollo (Lee, 2009: 144)) resulta necesario para generar un debate y un impulso investigativo en torno a los desafíos que plantea este sistema frente a las demás regulaciones estatales en materia de desarrollo. En este sentido, hacer un acercamiento exploratorio sobre el tema propuesto, resulta enriquecedor para comprender en cierta medida el marco del desarrollo colombiano y lo que se debería esperar de la promoción y protección de la inversión extranjera en el ámbito nacional.

## Primera parte. Hacia un cambio de enfoque en el sistema internacional de inversión extranjera directa

La inversión extranjera directa hace parte de los flujos de capitales internacionales, los cuales se dividen en inversiones en portafolio, derivados financieros, activos de reserva, inversión extranjera directa y otros flujos de capital (FMI, 2009:106-107), estas modalidades transaccionales, poseen un sistema de regulación en el ámbito internacional que para el caso de la inversión extranjera directa adolece de un conjunto de normas unificado (Lee, 2009: 144) que impide la construcción de una teoría general coherente sobre esta figura. A pesar de esto, ciertos elementos como algunas medidas de protección al inversionista extranjero y el sistema internacional de resolución de disputas entre Estados e inversionistas resultan relevantes como objeto de análisis de este sistema, y han servido como elementos característicos del mismo (Alvarez, 2011:41).

Estas categorías fueron desarrolladas desde la segunda mitad del siglo veinte (Guzman, 1997-1998:640-642;647), y su margen de implementación se ha dado a través de la celebración de acuerdos bilaterales que, al reconocer la importancia de proteger al inversionista frente al ejercicio de la soberanía estatal, otorgan una serie de garantías que pretenden hacer más segura su inversión en territorios extranjeros (UNCTAD, 2015:121-122). Sin embargo, a pesar de la aplicación prevalente de estos instrumentos en la actualidad, en función de una serie de cambios de paradigmas en torno a la concepción del desarrollo, producto de la experiencia en la implementación de estos instrumentos, y con ocasión de las crisis económicas que se dieron durante los noventa y que culminaron con la crisis de Argentina y la Crisis del 2008 (las cuales reflejaron la importancia para los Estados de tener mayor control en la definición de sus políticas

económicas), se ha generado un debate en torno al sistema internacional de inversión extranjera y la legitimidad y certeza de las teorías que lo fundamentan (UNCTAD, 2015: 124-125).

Este debate no es exclusivo del ámbito del derecho internacional económico, y el mismo se ha dado en otros ámbitos de la agenda global. De esta forma, la reflexión sobre algunas instituciones internacionales ha obedecido a un cambio de paradigma en la aproximación al desarrollo que busca que el mismo no solo tenga en cuenta libertades económicas, sino aspectos relevantes en la vida de las personas que están poco vinculados a intereses monetarios (Draper III, 1990, citado por Nanda, 2016:389-390), lo que ha influenciado el debate en torno a diversas facetas de la realidad global, que a su vez ha llevado a cuestionar diferentes elementos del derecho internacional como es el caso de la protección de los derechos humanos. Esto se puede observar con la declaración de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, donde se logró apreciar un deseo de la comunidad internacional de reorientar los esfuerzos en generar un mayor bienestar social, teniendo en cuenta la importancia de la sostenibilidad del mismo, para asegurar que tanto las generaciones presentes como futuras puedan gozar de los bienes necesarios para el desarrollo humano (Agenda 2030, 2015: Preámbulo).

Como elemento importante en la generación de desarrollo (Lee, 2009: 144), el sistema internacional de inversión extranjera directa también ha sido objeto de fuertes críticas de cara a la necesidad de hacer que esta actividad no solo atraiga oportunidades para generar desarrollo, sino que guarde mayor coherencia con estos objetivos y otros elementos importantes como la protección de los derechos humanos, el medio ambiente y la estabilidad económica (UNCTAD, 2015: 125). En este sentido, el estudio actual de este sistema debe recoger los debates en torno al desarrollo para generar una mayor comprensión del marco regulatorio de la inversión extranjera

directa, para lo cual es importante referirse tanto a este sistema, como al mencionado debate, especialmente frente a los ODS y el enfoque de las capacidades humanas como fundamento de estos.

## Sección 1. El sistema internacional de inversión extranjera directa

El sistema internacional de inversión extranjera adolece de un marco jurídico unificado de carácter multilateral que tenga alcances amplios en el ejercicio de la inversión, quedando este regulado preeminentemente por acuerdos bilaterales de inversión (Lee, 2009: 144); y marginalmente por “normas nacionales, prácticas administrativas, [y] la costumbre internacional [...]” (Alvarez, 2011: 24). Esta situación impide hacer un ejercicio descriptivo que tenga alcances generales, y pone en duda la calificación de este marco regulatorio como un sistema, por no existir un conjunto coherente de normas que se complementen entre sí (Hart, 1961:3-5). A pesar de esto, y de manera un poco paradójica, este régimen es uno de los pocos ejemplos frente a los cuales “los Estados han delegado parte de su autoridad regulatoria a terceros que no están bajo su control” como es el caso de los mismos inversionistas extranjeros y los árbitros que resuelven los litigios entre estos y los Estados anfitriones (Alvarez, 2011:24-25).

Este fenómeno se ha justificado por la concepción de la inversión como una vía alternativa más eficiente que la intervención estatal para la consecución de un desarrollo económico, pues brinda los recursos necesarios para la obtención de aquel, con menos susceptibilidad de verse frustrado por consideraciones y contingencias políticas del Estado anfitrión, y sin necesidad de someter estos recursos a la burocracia estatal en su administración, atrayendo consigo “oportunidades de empleo para la población local, y [...] otros recursos económicos esenciales, como capital, tecnología, información, experticia administrativa, y redes de ventas y mercadeo” (Lee, 2009:144-145;

Alvarez, 2011:17-18), lo cual es conocido como el efecto cascada (Bardy, 2016:24). Esto ha hecho que para los Estados sea importante generar garantías legales para la inversión, a través de la renuncia a ciertas porciones de soberanía para crear un ambiente que atraiga a estos agentes (Alvarez, 2011:30-31).

Esto ha sido así por más de sesenta años, y si bien en la actualidad la aproximación a la regulación de la inversión extranjera sigue siendo prevalentemente igual, cada vez es más común que los Estados guarden reservas frente a una regulación tan amplia que permite poner en duda la capacidad regulatoria de las autoridades públicas por parte de los inversionistas extranjeros. Esto se ha reflejado en acuerdos bilaterales de inversión con aproximaciones diferentes a la regulación de esta actividad, o con cláusulas más limitadas en relación con la protección al inversionista extranjero (UNCTAD, 2015: 121-125), cuyo estudio es de importancia para la comprensión de este fenómeno.

### §1. Algunos aspectos relevantes del sistema internacional de inversión extranjera directa

La noción de inversión extranjera directa puede verse definida en el ámbito nacional e internacional a través de tres modelos: uno basado en los activos que tiene el inversionista extranjero en el Estado anfitrión, otro basado en las transacciones, donde “la inversión es la transferencia del capital subyacente a la inversión, más que los activos que tiene o controla el inversionista”, y otro de carácter corporativo que define la inversión en términos “de la organización del negocio de la inversión a través de una empresa” en un territorio extranjero. Los acuerdos de inversión se han basado de manera prevalente en un modelo basado en los activos que posee el inversionista en el territorio extranjero, mientras la regulación de esta actividad en el ámbito nacional ha preferido la concepción corporativa y de transferencia de capital (Schlemmer,

2008: 52). La concepción prevalente en los acuerdos bilaterales, basada en los activos del inversionista extranjero, obedece a la importancia de protección del mismo ante la intervención del Estado anfitrión. De esta forma, esta noción ha cubierto generalmente activos tangibles e intangibles, e inversiones en portafolio y directas, sin perjuicio de que en ocasiones el alcance de la misma sea menos amplio en función de las particularidades en que se crea cada tratado y en la forma en que los Estados establecen la determinación de una situación de control en la composición accionaria de una compañía, donde en muchas ocasiones la protección frente a ciertos tipos de inversión como aquellas de portafolio puede quedar excluida (Alvarez, 2011:15-16; Schlemmer: 2008: 56).

Una práctica común en la celebración de acuerdos de inversión, es la elaboración de listas sobre qué actividad puede ser considerada como inversión extranjera, las cuales han venido a conjugarse con la importancia de determinar el carácter extranjero de la inversión, para determinar las actividades que van a ser objeto de protección de un acuerdo. Frente a este punto, a pesar de que se ha discutido si el carácter extranjero se define por la proveniencia del capital o la nacionalidad del inversionista extranjero, autores como Vandeveld (2000; citado por Schlemmer, 2008:61) indican que “los acuerdos bilaterales de inversión promueven y protegen la propiedad extranjera o el control sobre los activos en un Estado anfitrión, sean nuevos o existentes. En otras palabras, los acuerdos de inversión extranjera no promueven el movimiento de capitales, sino el movimiento del control sobre un capital [...]”, por lo que la proveniencia del capital no juega un rol importante en la determinación de la extranjería de la inversión, sino la situación de control sobre este capital por parte de un ente extranjero en un territorio foráneo (Schlemmer: 2008:57-58; 62).

Otro marco definitorio de la inversión extranjera ha sido el establecido por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (2008: 51), donde esta actividad es un ejercicio de inversión que hace un sujeto residente en un determinado Estado para desarrollar una actividad económica a largo plazo a través de la inversión en una empresa que se encuentra constituida en un Estado diferente a la del domicilio del inversionista, constituyendo una situación de control sobre la misma, y caracterizándose por un interés de beneficio a largo plazo y una influencia determinante en la compañía en la que se está invirtiendo, al igual que por el carácter transnacional del inversionista extranjero (Alvarez, 2011: 15), donde este es residente de un Estados diferente a aquel donde se está haciendo la inversión. Esta definición parte de un aproximamiento corporativista donde esta actividad se concreta en el vehículo empresarial para hacer la misma, lo cual en ocasiones puede no obedecer al rango de protección establecido en los acuerdos de inversión.

En relación con la categoría de inversionista extranjero, el criterio decisivo para su determinación es su nacionalidad. El tratamiento de esta figura, se ha diferenciado en función de si se trata de una persona jurídica estatutaria o una de carácter natural. En el caso de las personas naturales, su nacionalidad se ha visto definida de acuerdo a las condiciones del Estado del que se imputa la nacionalidad. Por su parte, la nacionalidad de las personas estatutarias se ha definido de acuerdo a tres criterios: el lugar de su incorporación, su “sede efectiva de administración o lugar principal de negocios”, y la nacionalidad de los accionistas que controlan la toma de decisiones, establecida a través de un ejercicio de levantamiento del velo corporativo (Schlemmer, 2008: 69).

La determinación de la nacionalidad de los inversionistas extranjeros ha padecido de una dificultad constante frente al fenómeno del *treaty shopping*, entendido como la práctica a través de la cual

un sujeto busca la nacionalidad más favorable a sus intereses frente a la inversión extranjera para valerse de las medidas de protección de un instrumento de inversión específico (García, 2015). En el caso de las personas naturales, el problema del *treaty shopping* se presenta cuando un sujeto posee diversas nacionalidades, y pretende valerse de una de estas para alegar a favor suyo un acuerdo de inversión favorable a sus intereses. Este caso ha sido resuelto de manera constante a través de un aproximamiento sustancial, dentro del cual, para que se entienda que un sujeto tiene la nacionalidad de un territorio, se requiere, además de las condiciones de ser nacional en este, la existencia de “una conexión clara y válida con el Estado de origen”. Frente a esta situación, sigue existiendo un aspecto problemático frente a los sujetos que cumplen con las condiciones de cara a dos territorios específicos. La dificultad de la determinación de la nacionalidad en el caso de las personas jurídicas es mayor que en el de las personas naturales; esta situación se presenta de manera concreta en los casos de grupos con una estructura corporativa compleja. La concepción prevalente frente al tratamiento de la nacionalidad de los entes corporativos, ha sido su determinación a través del lugar de incorporación del inversionista extranjero. Esta práctica ha resultado ser poco garantista frente al ejercicio del *treaty shopping*, pues una entidad podría incorporarse fácilmente en un territorio para acceder a los beneficios del mismo en relación con algún instrumento celebrado con el Estado destinatario de la inversión. En este sentido, se ha propuesto establecer la nacionalidad en función de la sede efectiva de los negocios y por medio del levantamiento del velo corporativo (Schlemmer, 2008: 69-81).

Estas nociones definen el alcance de las medidas de protección de los inversionistas extranjeros (Schlemmer, 2008:50), cuya finalidad obedece a la búsqueda de atraer un mayor flujo de inversión por medio de garantías jurídicas. De esta forma, la mayoría de acuerdos de inversión incluyen una serie de cláusulas sustanciales y procedurales que desarrollan a nivel jurídico la importancia de

proteger al inversionista extranjero frente al poder estatal (Alvarez, 2011:30-31; 41), las cuales serán abordadas a continuación con la finalidad de generar un mayor entendimiento del sistema internacional de inversión extranjera directa.

### *I. Algunos aspectos sustanciales de los acuerdos bilaterales de inversión*

A nivel sustancial, las medidas más características en materia de inversión extranjera son las cláusulas que prohíben las medidas discriminatorias entre inversionistas extranjeros, establecen un estándar mínimo de tratamiento y una compensación ante la expropiación (Alvarez, 2011:30-31). Como se mencionó con anterioridad, la importancia de estas disposiciones radica en la necesidad de generar mayor protección al inversionista extranjero, de cara al ejercicio del poder soberano estatal, y en este sentido constituyen un límite al ejercicio de poder por parte del Estado (Nota, 1994: 1995-19996), en la búsqueda de generar la aplicación de un marco jurídico en materia de inversión extranjera en armonía con una tendencia de liberalización de mercados y de libertad de flujos de inversión (Lee, 2009: 144).

#### *A. El trato justo y equitativo*

El trato justo y equitativo, también conocido como el estándar mínimo de tratamiento, es un elemento constante del derecho internacional de las inversiones que se funda en la relación debida entre las partes en función del principio de buena fe. Es por esto que, planteado de manera suficientemente amplia, este pilar podría cubrir todas las demás cláusulas de protección al inversionista extranjero, sin embargo, en función del principio de efectividad del derecho internacional, donde la interpretación de los acuerdos se debe dar de forma que se eviten resultados “redundantes, absurdos o inútiles”, esta figura se concreta en “[...] el respeto de las expectativas

legítimas, [...] la transparencia regulatoria, y [...] la ausencia de arbitrariedad en las decisiones discrecionales” del Estado (Grierson-Weiler & Laird, 2008:271-272).

En relación con el respeto de las expectativas legítimas, el principio de buena fe protege la confianza que generan las acciones de un determinado Estado, y se funda en el principio bajo el cual no se debe obtener beneficio sobre la propia mala fe. De esta forma, Cuando un Estado realiza una declaración concluyente de que va a realizar una política, ante lo cual un inversionista toma una decisión en función de tal declaración, y aquel no informa sobre la posibilidad de que la misma pueda cambiar, o en efecto la cambia, debe indemnizar al inversionista por cualquier daño que se genere; frente a este daño, debe existir un nexo causal entre el cambio de la medida y los daños sufridos por el inversionista, de forma que haya una expectativa legítima sobre la inversión afectada (Grierson-Weiler & Laird, 2008:276-277). Frente la justicia y transparencia regulatoria, el principio de buena fe parte de la obligación de respetar las expectativas que generan las normas estatales a través del aseguramiento de un ordenamiento jurídico estable, lo cual se concreta en la transparencia regulatoria del Estado anfitrión. En este sentido, este debe actuar

de manera consistente, libre de ambigüedades, y totalmente transparente en sus relaciones con el inversionista extranjero, de forma que este conozca de antemano todas las normas que regirán su inversión, al igual que los objetivos de las políticas relevantes y las directivas y prácticas administrativas, para que pueda planear su inversión y cumplir con estas regulaciones. (Tribunal de Tecmed, 2003, citado en Grierson-Weiler & Laird, 2008:279).

Por último, la ausencia de abuso de autoridad se da en el ámbito de la toma de decisiones discrecionales bajo la concepción de que la

discrecionalidad debe ser ejercida de buena fe, y la ley debe intervenir en todos los casos en que se abusa de esta prerrogativa [...], [de forma que] esta sea ejercida de manera razonable, honesta, de conformidad con el espíritu de la ley y con debida atención a los intereses de otros. [...] [En este sentido], el ejercicio de una potestad por el único propósito de causar daño a otro [no puede ser objeto de protección legal] (Bin cheng, 2007, citado en Grierson-Weiler & Laird, 2008:284).

Si bien, estas categorías han sido utilizadas de manera prevalente como integrantes del principio de buena fe, la determinación de este ha resultado problemática, pues no se conoce bien los alcances del mismo, partiendo del cuestionamiento sobre “qué tipo de tratamiento podría esperar del Estado y sus designados un inversionista razonable, teniendo en cuenta que el derecho internacional reconoce el derecho autónomo de los Estados de regular en atención a los intereses públicos domésticos” (Grierson-Weiler & Laird, 2008:272).

## B. El principio de no discriminación

La garantía de no discriminación se concreta en el tratamiento nacional, el tratamiento de la nación más favorecida, y la cláusula paraguas. Estas figuras parten de un acercamiento comparativo en razón de un trato con menores garantías que se le está dando a un inversionista frente otros actores semejantes. En este sentido, se funda en la premisa de que la protección ofrecida por los instrumentos de inversión amerita cobertura constitucional, de forma que quien lo posea “tiene derecho a un estándar de tratamiento igual al de otros actores equiparables”, cuyo punto de balance se da través de la “identificación de los sujetos relevantes en la comparación; la consideración sobre el trato relativo que cada sujeto recibe; y sobre si existe algún factor que justifique la diferencia en el tratamiento”, haciendo un ejercicio de comparación “entre el reclamante [del

derecho], y su inversión, y cualquier otro inversionista doméstico o inversiones que operen en el mismo negocio o sector económico” (Grierson-Weiler & Laird, 2008:262; 291). Estos imperativos de tratamiento tienen un carácter relativo y comparativo cuya intención es garantizar que las condiciones de competencia en el mercado del Estado anfitrión sean balanceadas para las empresas nacionales y extranjeras; y partan de las nociones de uniformidad e igualdad, sin generar un imperativo de igualdad de trato a todos los inversionistas sin más, pues si estos están en condiciones objetivamente diferentes puede haber un tratamiento diferente.

De manera concreta, el tratamiento nacional es la obligación de que “el inversionista internacional [sea] tratado como a un nacional del Estado anfitrión”, el tratamiento de la nación más favorecida “toma los derechos garantizados por el Estado anfitrión a los inversionistas extranjeros de otros Estados como un punto de referencia” frente al tratamiento indiscriminado entre inversionistas extranjeros (Acconci, 2008:364- 365), y la cláusula paraguas establece la obligación de dar un trato al inversionista extranjero igual al que se encuentra regulado en otros instrumentos bilaterales o multilaterales de inversión extranjera, concretándose en una obligación de tratamiento igual entre inversionistas extranjeros, incluso si el mismo es diferente de cara a los inversionistas nacionales (Salatino, 2012:51). Todas estas medidas se concretan en un estándar de trato indiscriminado entre agentes económicos, tanto nacionales como extranjeros, que busca evitar que el Estado tome decisiones que desfavorezcan al inversionista extranjero en función de su nacionalidad.

### C. La prohibición de expropiar sin una compensación pronta, adecuada y efectiva

En el ámbito del derecho internacional de las inversiones, la expropiación es la “toma directa de propiedad privada por el Estado, normalmente involucrando la transferencia de derechos de propiedad a [este] o a una tercera persona” (Reinisch, 2008: 408). El ejercicio de esta figura, se

encuentra generalmente prohibido por el derecho convencional y la costumbre internacional “salvo, [cuando se ejerce] para propósitos de interés general, de manera no discriminatoria, acompañada del pago pronto, adecuado y efectivo de una compensación, y dada de acuerdo a un debido proceso” (Grierson-Weiler & Laird, 2008: 656). La finalidad de esta prohibición reside en la necesidad de proteger los derechos de propiedad del inversionista extranjero, cobrando especial importancia la definición de inversión extranjera la cual determina el alcance de la protección sobre tales derechos. Esta categoría de propiedad no solo ha incluido los bienes de carácter material, sino también los intangibles como “licencias, derechos accionarios, patentes, acciones de responsabilidad, derechos originados en laudos arbitrales, el valor y la imagen de un negocio y la clientela profesional”. La inclusión de estas categorías ha generado un margen interpretativo muy amplio de la propiedad privada, que ha llevado a plantear la concepción sobre la misma en términos de posesiones, pues frente a muchos de los derechos que entran dentro de esta categoría no se ejerce un dominio en un sentido formal del término (Reinisch, 2008: 408; 410; 416-417).

La expropiación puede tener diferentes manifestaciones. Esta puede darse de una manera directa de forma que las acciones del Estado se dirijan a transferir el dominio sobre algún bien del inversionista extranjero o sobre la inversión misma, traduciéndose en una privación del derecho de propiedad del inversionista. O de una manera indirecta donde, sin ser precisamente una toma de la propiedad, la acción u omisión del Estado “resulta en la pérdida efectiva de la administración, el uso, o el control, o en una depreciación significativa del valor de los bienes de un inversionista”. Esta última categoría, se equipara con la obstaculización del ejercicio de los atributos de los derechos de propiedad, “teniendo un efecto equivalente al de la expropiación directa” (Reinisch, 2008: 421-422).

La figura de la expropiación indirecta ha presentado diversas dificultades frente a su alcance, especialmente en relación con la línea diferenciadora entre esta y las acciones regulatorias legítimas. Normalmente, se ha asumido que “los Estados no deben pagar una compensación a un inversionista extranjero cuando, en el ejercicio normal de sus poderes regulatorios, adoptan de forma no discriminatoria regulaciones de buena fe dirigidas a mejorar el bienestar general” (Renisch, 2008: 421-422). Esta línea divisoria en torno a la persecución de un propósito legítimo ha presentado diversas dificultades, siendo necesario realizar un acercamiento de carácter casuístico donde “las consideraciones decisivas varían en cada caso, dependiendo no solo de los hechos específicos de la queja sino de la forma en que se presentan las pruebas, y los fundamentos de derecho” (Reinisch, 2008: 426-451). De esta forma, en la mayoría de las situaciones no basta con que la medida persiga un propósito legítimo, pues es necesario valerse de consideraciones como el principio de proporcionalidad, el análisis de no discriminación, y el seguimiento de un debido proceso, para determinar si se trata de una acción regulatoria legítima.

Adicional a esto, la delimitación del ámbito de la expropiación indirecta ha servido de ayuda para establecer el alcance de la misma. Este análisis ha consistido en un aproximamiento casuístico donde se estudie si la intensidad de la interferencia en el derecho de propiedad es tal que hay “una pérdida sustancial de control o valor, o un impacto económico severo” sobre la inversión, siendo necesario que la medida expropiatoria no beneficie al Estado, de forma que esta consista más en la privación del goce del derecho de propiedad o en una transferencia del mismo a un tercero. Para esto se debe asumir un criterio que parta de los efectos sobre el inversionista, más que en el propósito de la medida, tomando en consideración un análisis de la legalidad, transparencia y consistencia de la misma, la protección de expectativas legítima y la ausencia de discriminación, sin perder de vista que la expropiación indirecta puede estar conformada por la suma de varias

acciones que se traduzcan en la obstrucción del goce del derecho de propiedad (expropiación progresiva), o por omisiones del Estado anfitrión frente a la garantía de protección de la propiedad privada o del acceso a los mecanismos de protección de la misma (Reinisch, 2008: 426-451).

## *II. La resolución de disputas en el ámbito de la inversión extranjera directa*

Históricamente, las disputas entre Estados anfitriones e inversionistas extranjeros han sido resueltas a través de tribunales nacionales, herramientas diplomáticas entre el Estado de origen y el anfitrión, y mecanismos de resolución arbitrales *ad hoc* o institucionales. En conjunto, todos los mecanismos de resolución de disputas en el ámbito de la inversión han buscado lograr que las medidas sustanciales en materia de inversión extranjera tengan un mayor margen de coerción al que normalmente existe en el ámbito internacional; y, en la búsqueda de hacer efectivas estas estipulaciones, se han creado mecanismos que ya sea por medio de cláusulas compromisorias, u otras disposiciones que facultan a otros entes para la resolución de disputas, han logrado que la aplicación de las disposiciones en materia de inversión tenga un alto margen de efectividad (Alvarez, 2011: 41).

### *A. Mecanismos arbitrales de resolución de disputas*

Los mecanismos arbitrales de resolución de disputas pueden ser de carácter institucional o *ad hoc*. Los primeros son aquellos que se encuentran coordinados por una institución que establece un procedimiento específico para la resolución de disputas y ofrece listas de árbitros para el ejercicio de esta actividad jurisdiccional; por su parte, los tribunales *ad hoc* son constituidos por las partes de la disputa en el momento en que se celebra la misma. El ejercicio de esta modalidad de resolución de disputas implica la presencia de una cláusula compromisoria que permite el acceso

de las partes a estos tribunales. Con la celebración del Acuerdo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones (1965), los inversionistas extranjeros tuvieron la posibilidad de interponer sus reclamos ante un tribunal de carácter imparcial y por medio de un proceso de resolución de diferencias preestablecido. Este sistema, es un mecanismo de arbitraje institucional que ha ganado gran presencia en el ámbito de la resolución de disputas sobre la inversión extranjera y se ha constituido en el medio más común para este fin, sin embargo, no es el único mecanismo institucional, existiendo otros como los de la Cámara Internacional de Comercio, la Corte Permanente de Arbitraje y la Asociación Americana de Arbitraje (Reinisch & Malintoppi, 2008: 691-720).

## 1. El sistema del CIADI

En el año 1965, se constituyó el CIADI como un organismo que, sin llevar a cabo los procesos de arbitraje, “otorga facilidades para la realización de estos a través de la presentación de listas de posibles árbitros; la difusión y registro de solicitudes de arbitraje; la asistencia en la constitución de tribunales de arbitramento y el direccionamiento de los procedimientos; la adopción de reglas y regulaciones; y la preparación de modelos de cláusulas para los acuerdos de inversión”; este organismo fue dotado de una personalidad jurídica internacional independiente. En este ámbito, el arbitraje no deviene obligatorio por el simple hecho de que los Estados sean parte de esta convención, pues debe haber un compromiso escrito del Estado anfitrión, el Estado de origen, o el inversionista extranjero, contenido en un acuerdo de inversión o en otro instrumento. Sin embargo, esta figura presenta diversas ventajas en el ámbito de la inversión extranjera pues evita que alguna de las partes obstruya la efectividad de una cláusula compromisoria negándose a asistir al tribunal arbitral, o no reconociendo las decisiones del mismo. En este sentido, estas contingencias se

someten a la convención del CIADI, que establece de manera clara la competencia de sus árbitros para la resolución de disputas en materia de inversión, prohibiendo a su vez la revisión de los fallos arbitrales por parte de tribunales estatales, dotando los laudos emitidos en este ámbito de un carácter “final, vinculante y de obligatorio reconocimiento en todos los Estados miembros de la convención equivalente a una decisión final de sus cortes domésticas” (Reinisch & Malintoppi, 2008: 698-700).

El acceso a los mecanismos de resolución de disputas del CIADI está sometido a requisitos de acuerdo con la sustancia y las partes enfrentadas. De esta forma, “la jurisdicción sobre la materia del Centro se limita a las disputas legales cuyo origen proviene directamente de una inversión”, que sean elevadas únicamente por partes que sean Estados miembro enfrentados a un inversionista cuyo Estado de origen sea otro miembro de la Convención. Sin embargo, debido a que varias partes del tratado veían imposibilitado el acceso a este Centro porque su contraparte no cumplía con los requisitos de la nacionalidad, en el año 1978 se creó un instrumento adicional llamado Reglas Adicionales de Instalación, que abrió la posibilidad de acceder al Centro cuando una de las partes era un Estado miembro de la convención o un inversionista proveniente de un Estado miembro de la misma. De igual forma, este instrumento amplió el rango de competencia de los tribunales a “disputas legales que no provienen directamente de la inversión”, e incluyó una serie de procedimientos para la investigación de hechos de la disputa (Reinisch & Malintoppi, 2008: 704-707).

El sistema del CIADI ofrece como alternativa al arbitraje la posibilidad de solucionar las disputas a través de mecanismos de conciliación; sin embargo, los mismos son poco eficientes, pues la recomendación elevada por el tercero a las partes no tiene un carácter vinculante por lo que queda

sometido a la voluntad de las mismas la aplicación o no de tal recomendación. Por otro lado, este sistema está dotado de una facilidad de anulación de los fallos cuando “el tribunal no se constituyó apropiadamente, [...] manifiestamente excedió sus poderes, había corrupción de parte de un miembro del tribunal, hubo un aislamiento serio sobre una regla fundamental de procedimiento, o la decisión no se fundó en las razones que se expusieron”. Frente a estas situaciones, la convención del CIADI permite la constitución de un comité *ad hoc* para analizar el cumplimiento de alguna de las condiciones de nulidad mencionadas y consecuentemente anular el laudo arbitral (Reinisch & Malintoppi, 2008: 700; 704-707).

Las ventajas del sistema del CIADI pueden ser resumidas de la siguiente manera:

- Dota a los inversionistas de un acceso directo a un mecanismo internacional de resolución de disputas con el Estado anfitrión.
- Extiende la posibilidad de resolución de disputas más allá de la esfera de la jurisdicción del Estado anfitrión.
- Los inversionistas no dependen de que el Estado de origen ejerza protección diplomática en su nombre.
- La aplicación de las disposiciones de la Convención hace altamente probable que un laudo del CIADI sea efectivamente ejecutable.
- Promueve la inversión en los territorios de los Estados firmantes por la creación de un sistema dotado de mayores garantías (Reinisch & Malintoppi, 2008: 701).

## 2. Otros tribunales de arbitraje institucional y *ad hoc*

Existen otras instituciones como la Cámara Internacional de Comercio<sup>1</sup> y la Asociación Americana de Arbitraje<sup>2</sup>, que ofrecen como el CIADI la supervisión y facilitación de servicios de arbitraje sin intervenir directamente en el mismo. De igual forma, otra institución que contribuye al arbitraje de las inversiones es la Corte Permanente de Arbitraje<sup>3</sup>, esta establece “listas de potenciales árbitros e instituciones que administran el arbitraje, la conciliación, y la recopilación probatoria”, “ofrece servicios de registro y apoyo a los tribunales *ad hoc*”, es normalmente elegida como “autoridad de nombramiento en las provisiones de acuerdo bilaterales, y puede administrar arbitraje de las inversiones bajo las reglas de la UNCITRAL” (Reinisch & Malintoppi, 2008: 708-709).

Por otro lado, la resolución de disputas sobre la inversión extranjera también se ha dado a través de la constitución de tribunales *ad hoc*. La existencia de esta posibilidad es una opción de apoyo ante el fracaso en el acceso a algún mecanismo de resolución de disputas institucional, al igual que para la resolución de conflictos de un carácter no combinado como disputas entre Estados o entre agentes privados. Esta figura ha resultado de utilidad cuando los reclamantes “prefieren adoptar unas reglas de procedimiento que se adapten a sus necesidades específicas”, o cuando la naturaleza pública o privada de los agentes involucrados en la disputa es difícil de definir. A pesar de esto, un aspecto de esta figura que se ha cuestionado, es el riesgo de que las decisiones tomadas por el tribunal arbitral sean desconocidas por alguna de las partes, sin embargo, la Convención de Nueva

---

<sup>1</sup> <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/>

<sup>2</sup> [https://www.adr.org/aaa/faces/home;jsessionid=DRgrhsKb75ZMEhsMZD7MYG5eMQpuUn8UVp8y0aMNowyze3yWljpZ!318681469?\\_afLoop=1872998728693425&\\_afWindowMode=0&\\_afWindowId=null#%40%3F\\_afWindowId%3Dnull%26\\_afLoop%3D1872998728693425%26\\_afWindowMode%3D0%26\\_adf.ctrl-state%3Dpxkddmmek\\_4](https://www.adr.org/aaa/faces/home;jsessionid=DRgrhsKb75ZMEhsMZD7MYG5eMQpuUn8UVp8y0aMNowyze3yWljpZ!318681469?_afLoop=1872998728693425&_afWindowMode=0&_afWindowId=null#%40%3F_afWindowId%3Dnull%26_afLoop%3D1872998728693425%26_afWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3Dpxkddmmek_4)

<sup>3</sup> <https://pca-cpa.org/en/services/arbitration-services/>

York sobre el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales, ha dotado a estas decisiones y las de los tribunales arbitrales institucionales de un mayor rango de efectividad (Reinisch & Malintoppi, 2008: 711-712).

## B. Las jurisdicciones nacionales

En ausencia de cláusulas que regulen la resolución de disputas en el ámbito de los acuerdos bilaterales de inversión, estas deben solucionarse a través del sistema judicial del Estado anfitrión y sus mecanismos de definición de competencia jurisdiccional. Esta figura ha sido incluida en la Convención del CIADI que establece la opción de que los Estados pacten este tipo resolución de disputas, y la posibilidad de incluir una cláusula que obligue a las partes a agotar las instancias nacionales antes de acceder a medios arbitrales (art. 26). Por otro lado, en ocasiones, se han elegido otras jurisdicciones como las del Estado de origen, o las de un tercer Estado (Alvarez, 2011:30-31; 41).

Sin bien Estados como Brasil, China e India (que se han mostrado reacios a formar parte del CIADI o a pactar cláusulas compromisorias en sus instrumentos de inversión), han dejado la resolución de disputas en manos de otros mecanismos diferentes, entre estos la resolución de disputas por medio de sus tribunales nacionales (Bernasconi & Dietrich, 2015; Kelley, 2001); esta opción es la menos elegida pues somete a los inversionistas al riesgo de que los jueces prefieran la aplicación del derecho nacional sobre el internacional, o sean imparciales por factores externos como la opinión pública. Por otro lado, el juzgamiento de Estados en jurisdicciones extranjeras ha generado dificultades en cuanto al rechazo de las demandas por los tribunales de estos por haber una cláusula de falta de competencia en función de la soberanía estatal y se han generado cuestionamientos en

relación con la ejecutabilidad de la medida en un territorio soberano distinto al de aquel que emite la decisión (Reinisch & Malintoppi, 2008: 694-696).

### C. La protección diplomática

Esta técnica consiste en la solución de la disputa a través del relacionamiento interestatal, y tiene como condiciones (establecidas por el derecho consuetudinario) el agotamiento de los remedios locales y que el Estado reclamante sea el de la nacionalidad del inversionista extranjero. Esta medida es una potestad del Estado de origen, lo que hace que los inversionistas dependan de que este decida hacer efectivo el despliegue de la protección diplomática. De igual forma, la elección del alcance y los medios a través de los cuales se hace efectiva la protección también se somete a la potestad del Estado de origen, siendo únicamente limitada por la prohibición del uso de la fuerza. En relación con su uso en el ámbito de la convención del CIADI, es importante afirmar que una vez este se elija como mecanismos de resolución de disputas, la protección diplomática no puede ser ejercida (Reinisch & Malintoppi, 2008: 712-714).

### D. Los tribunales internacionales

En ocasiones, las disputas entre Estados anfitriones e inversionistas extranjeros trascienden del ámbito mixto de las mismas para convertirse en una disputa interestatal. Esto normalmente sucede cuando el Estado de origen decide apoyar al inversionista extranjero en sus pretensiones, o cuando la vulneración a los derechos del inversionista es a su vez una violación del derecho internacional. Esta es otra manifestación de la protección diplomática en el momento en que estas herramientas fracasan y se requiere de un tercero que solucione el litigio. De esta forma, la solución de disputas en este ámbito se ha dado por medio de la Corte Internacional de Justicia, la constitución de

tribunales con una vocación semipermanente, o de tribunales arbitrales de inversión *ad hoc*. Hoy en día, la resolución de disputas a través de estos mecanismos es escasa, sin embargo, el acceso a los mismos fue una práctica predominante durante la primera mitad del siglo veinte cuando aún no existían mecanismos alternos para la resolución de disputas a los ofrecidos por las jurisdicciones nacionales (Reinisch & Malintoppi, 2008: 714-718).

\*\*\*

El éxito de este sistema en crear un ambiente de negocios seguro para la inversión extranjera ha sido contundente, desde los años noventa, el aumento de acuerdos bilaterales de inversión creció de manera exponencial con alrededor de tres acuerdos celebrados por semana entre 1990 y el 2007, duplicando el ritmo de celebración que se venía dando con anterioridad a esta época. En el mismo sentido, algunos acuerdos de libre comercio incluyeron cláusulas de protección a los inversionistas extranjeros, y durante esta década se dio el primer caso de resolución de disputas en materia de inversión extranjera directa, al cual siguieron otros cuantos más, y un aumento exponencial de los mismos desde el año 2000 (UNCTAD, 2015: 123).

Para el 2015, alrededor de 3.300 acuerdos de inversión habían sido firmados, y setenta nuevas disputas habían sido elevadas, marcando un año record en el número de disputas ante tribunales arbitrales, y haciendo que un 40% de las mismas involucraran a Estados desarrollados; con los inversionistas ganando la mayoría de estas. De cara a esto, “una nueva generación de acuerdos de inversión está emergiendo”, pues “los Estados han construido un consenso en la necesidad de reformar el sistema, [al igual que han] identificado áreas de reforma [...], revisado sus redes de inversión, desarrollado nuevos modelos de acuerdos y comenzado a negociar instrumentos más

modernos” (UNCTAD, 2016: xi-xii), basados en la necesidad de proteger su capacidad regulatoria y atender las dificultades de la implementación del sistema de inversión extranjera directa.

## §2. La reorientación del sistema internacional de inversión extranjera

Durante la primera mitad del siglo veinte, la inversión extranjera era regulada por el derecho internacional consuetudinario, y la resolución de disputas en el ámbito de la misma se resolvía a través de vehículos diplomáticos (Alvarez, 2011: 13-14). Bajo este contexto, esta actividad se encontraba protegida por el imperativo de un estándar mínimo de tratamiento fundado en el principio de la buena fe (Alvarez, 2011: 24; Grierson-Weiler & Laird, 2008: 272), y la regla de Hull, que establecía una obligación donde “[...] ningún gobierno podía expropiar la propiedad privada, [...], sin prever una compensación pronta, adecuada y efectiva por esta”, lo que evidencia que la regulación de la prohibición de expropiación en el sistema actual, es una manifestación de este principio. En este período, la aplicación de la regla de Hull era posible, pues la independencia de muchos Estados que posteriormente se opusieron a la misma no gozaba de un reconocimiento internacional amplio. Sin embargo, estos Estados comenzaron con posterioridad a cuestionar la aplicación consuetudinaria de este principio, aunque, de manera un poco paradójica, lo incluyeron en los acuerdos de inversión que se comenzaron a celebrar después de la segunda mitad del siglo veinte (Guzman, 1997-1998: 645; 639).

La introducción de un nuevo sistema de regulación del trato de la inversión extranjera directa, se expandió rápidamente durante la segunda mitad del siglo veinte, consolidándose como el medio por excelencia para la regulación de esta actividad (UNCTAD, 2015: 123). En la actualidad, y después de más de sesenta años donde el aproximamiento a esta institución se ha dado por medio de acuerdos bilaterales de inversión, este sistema sufre de una crisis de legitimidad que ha hecho

que la aproximación al mismo por parte de diversos Estados comience a ser diferente, buscando mayor coherencia con otros aspectos importantes como es la protección de derechos humanos, y la conservación de los recursos naturales (Alvarez, 2011: 163-164). La formación de estas críticas tiene gran incidencia de aproximaciones al desarrollo que han venido a proponerse desde finales del siglo veinte, y que tienen rasgos distintos a los aspectos que fueron considerados importantes durante el periodo de consolidación del sistema de inversión extranjera directa.

### *1. El período de consolidación*

Después de la Segunda Guerra Mundial, el reconocimiento de la independencia de varios de los Estados que posteriormente se opusieron a la regla de Hull y la transformación de muchos otros a regímenes de carácter comunista, fortaleció las posiciones a favor “del derecho [de los Estados] de determinar cómo debían ser tratados los inversionistas y el estándar de compensación que debía aplicar si el tratamiento era lo suficientemente lesivo”. Esto generó una discusión entre los países de los que provenía el capital y aquellos receptores del mismo sobre la vigencia o no de la regla de Hull como una norma de la costumbre internacional, concretamente frente a la forma como debía operar la compensación frente a la acción expropiatoria del Estado: si a través de un pago pronto, adecuado y efectivo, o únicamente por medio de una compensación apropiada (Guzman, 1997-1998: 639-651).

De manera colateral, cláusulas que positivizaban la regla de Hull comenzaron a ser incluidas en acuerdos internacionales (Guzman, 1997-1998: 640-642; 647) que buscaban crear un marco regulatorio seguro y favorable para el desarrollo de la inversión extranjera. El objetivo de estos instrumentos, era atraer la inversión al concebir a la misma como una actividad estratégica para la generación de desarrollo económico y social, especialmente para el desarrollo de sectores

manufactureros en Estados en proceso de industrialización. En este sentido, con la finalidad de generar un ambiente favorable para el ingreso de inversionistas extranjeros y aumentar el desarrollo económico, estos acuerdos incluyeron cláusulas con disposiciones que pretendían conformar un sistema dotado de garantías para el ejercicio de la inversión extranjera y que fuera independiente de los asuntos políticos del Estado anfitrión (Alvarez, 2011: 113-114).

La Carta de La Habana para una Organización Internacional del Comercio (como un intento frustrado) (1948), el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (1957), y el Tratado entre la República Federal de Alemania y Pakistán para la Promoción y Protección de la Inversión (1959), marcaron el inicio de la regulación del sistema internacional de inversión extranjera a través de instrumentos internacionales (UNCTAD, 2015: 121-122), cuya modalidad prevalente ha sido la de los acuerdos bilaterales de inversión (Lee, 2009: 144). Estos instrumentos han incluido como cláusulas de protección “la compensación ante la expropiación, la garantía de repatriar las ganancias, la resolución de disputas a través de terceros neutrales, los requisitos de tratamiento nacional, y los requisitos de la nación más favorecida” (UNCTAD, 2015: 122-123), entre otras medidas que han hecho que el sistema que una vez fuera regulado por la regla de Hull y algunos estándares de tratamientos a personas extranjeras, esté dotado de mayores garantías para el inversionista extranjero (Guzman, 1997-1998: 658).

Con esta finalidad, estrategias como el Programa de Acuerdos Bilaterales de Inversión de Estados Unidos (1977), que estableció un prototipo para este tipo de instrumentos que incluyera la obligación de una compensación pronta, adecuada y efectiva ante la expropiación del Estado anfitrión, la “protección de la inversión extranjera presente y futura del comportamiento del Estado anfitrión, y [...] la inclusión de un mecanismo de resolución de disputas cuya solución no

dependiera de tribunales locales o del involucramiento del gobierno de Estados Unidos;(Guzman,1997-1998: 654); marcaron la agenda de las negociaciones bilaterales entre Estados para la regulación de la inversión extranjera. La proliferación de estos instrumentos y la puesta en práctica de sus cláusulas, especialmente de las cláusulas compromisorias, ha sido prevalente por alrededor de cincuenta años (UNCTAD, 2015: 122-124).

## *II. El periodo de reorientación*

Con ocasión de la crisis económica del 2008, la crisis de Argentina y de Asia que la antecedieron, las cuales pusieron sobre la mesa la importancia para los Estados de conservar una mayor capacidad regulatoria, y como respuesta a un aproximamiento diferente al desarrollo fundado en las “críticas al consenso de Washington propuestas por académicos como Joseph Stiglitz y Amartya Sen”, especialmente en lo que respecta a la importancia de “renovar la atención sobre la necesidad de los gobiernos de ser capaces de responder a las fallas de mercado”, Estados como Canadá y Estados Unidos, reorientaron sus estrategias de negociación de acuerdos bilaterales, buscando crear un marco regulatorio más sólido en términos económicos (Alvarez, 2011: 153-158; 163-164; UNCTAD, 2015: 124).

Estos puntos de reforma han reconocido que “la conservación de los recursos naturales, la protección ambiental y el bienestar social” fueron aspectos que estuvieron por fuera del sistema internacional de inversión extranjera por más de sesenta años y “en la medida en que la visión de la comunidad internacional sobre el desarrollo ha evolucionado” (UNCTAD, 2011: 127), cada vez es menos suficiente que los inversionistas cumplan con el marco mínimo legal exigido por los Estados, siendo necesario crear exigencias para que la inversión extranjera cumpla con estándares en materia de derechos humanos y buenas prácticas internacionales, posea códigos de

responsabilidad empresarial y rinda cuentas sobre estos con balances positivos en la gestión (UNCTAD, 2015: 120; 125-128, Alvarez, 2011: 76-93). De igual forma, este periodo de reorientación ha tomado en cuenta una serie de críticas que se venían haciendo al sistema internacional de inversión extranjera en relación con la protección de la soberanía estatal y del ejercicio democrático dentro de los Estados, buscando que el sistema tome en consideración las decisiones democráticas, y asuntos categóricos relacionados con la jurisdicción doméstica; abordando también otras críticas que cuestionan la legitimidad de que un organismo solamente capacitado para decidir asuntos de carácter comercial incida en cuestiones de interés general, y el hecho que el sistema esté fundado en las tendencias de liberalización del mercado y privatización de las actividades económicas asociadas con el Consenso de Washington, donde se empoderan “agentes privados para implementar una agenda que desconoce otras perspectivas sobre asuntos de interés público” (Alvarez, 2011: 76-78; 83; 85; 89-90).

Esta tendencia ha sido catalogada como un periodo de reorientación del sistema internacional de inversión extranjera, donde los Estados han hecho un acercamiento al mismo partiendo de un análisis de costo-beneficio de las cláusulas que se pactan dentro de estos acuerdos. Esta reacción se explica por el fracaso en crear un sistema con reglas de aplicación universal y el aumento de disputas en el ámbito del arbitraje internacional (UNCTAD; 2015: 124). Esta tendencia se puede apreciar en el aproximamiento a la regulación de la inversión extranjera de Estados como Noruega, China, e India (con tradiciones jurídicas y tendencias ideológicas diferentes) los cuales “son más abiertos a soluciones locales, una mayor diversidad de instituciones, y múltiples planes que involucran a los gobiernos para lograr una serie de bienes públicos”. Esta reorientación del sistema cambia la concepción del desarrollo como el despliegue del ejercicio de “la libertad de mercado y

la protección los derechos de propiedad” a una concepción del mismo que incluye otras formas de desarrollo humano, fundadas en otro tipo de libertades (Alvarez, 2011: 159; 163-164).

\*\*\*

Las características sustanciales y procedurales del sistema internacional de inversión extranjera directa, son los elementos que constituyeron las medidas de protección de esta actividad por más de sesenta años, y buscaron que el ambiente de negocios para la inversión tuviera un alcance global y estuviera dotado de garantías en la mayoría de territorios. La preocupación bajo la cual se formó este sistema obedeció a un ámbito donde algunos Estados estaban reafirmando su soberanía y donde se estaban sobrepasando tendencias nacionalistas que amenazaban con desconocer algunos derechos individuales. De igual manera, la formación de este sistema, coincidió con la implementación de una serie de políticas económicas que buscaban la liberalización de mercados, pretendiendo hacer más eficiente la gestión estatal en materia económica. A esta tendencia, se sumó la búsqueda de crear mejores condiciones de desarrollo para todos los Estados, cuya estrategia se abordó a través de la reforma de los sistemas económicos de los países que se encontraban en un estado de desarrollo menor, y la promoción de la inversión extranjera en estos territorios como atrayente de mayores flujos de capital (Alvarez, 2011: 30-31; 41; Guzman, 1997-1998: 640-642; 647; Lee, 2009: 144).

Buscando por un lado disminuir el riesgo para los empresarios cuyos proyectos de inversión se gestaban en otros territorios, y por otro incentivar los flujos de inversión extranjera para generar mayor desarrollo económico, el sistema internacional de inversión extranjera directa se forjó en torno a la limitación del ejercicio arbitrario del poder por parte del Estado anfitrión, y la liberalización de la economía (Lee, 2009: 144). Su implementación no solo resultó ser efectiva de

cara a eventuales arbitrariedades, sino frente a la garantía, más allá de otras consideraciones importantes, de un margen de rendimiento de la inversión, siendo en ocasiones los Estados anfitriones quienes debieron asumir algunos riesgos que pudieran afectar a sus inversionistas, sin ninguna consideración de solidaridad entre estos agentes económicos. Por esta razón, en ocasiones se ha afirmado que este régimen fue creado por los países más desarrollados que, como exportadores de capital, requerían mayores garantías frente a los rendimientos del mismo en territorios extranjeros (Alvarez, 2011: 148-150).

Esta concepción del sistema internacional de inversión extranjera directa como un régimen impuesto por los Estados más desarrollados, resulta incompleta de acuerdo con las realidades actuales, por la existencia de “una porción considerable de flujos de capital yendo a Estados [...] con altas condiciones de desarrollo y de algunos Estados emergentes convirtiéndose en exportadores de capital”, y beneficiándose de las mismas medidas de protección al inversionista extranjero. Por otro lado, no basta con afirmar que el sistema de inversión extranjera es un instrumento político para la implementación de medidas neoliberales de liberalización de la economía pues la mayoría de los Estados hoy en día no necesitan acompañamiento en el cumplimiento de esta finalidad, y conciben de manera autónoma a “los flujos de capital transnacional como indispensables para el crecimiento económico” (Alvarez, 2011:148-150). De cara a esto, es importante afirmar que, si bien hoy en día los acuerdos de inversión no continúan la tendencia de otorgar muchas garantías para el inversionista extranjero y ninguna para el Estado anfitrión sin más, pues el alcance de algunas cláusulas ha sido limitado para favorecer la toma de medidas a favor del interés general y atender crisis nacionales (Alvarez, 2011:153-158), la cantidad de tratados existentes en la actualidad y el diferente alcance de los mismos, genera un riesgo de que el sistema no solo guarde incoherencias entre sí, sino que vaya en contra de otros instrumentos

internacionales y de la misma costumbre internacional, arriesgando con fragmentar el funcionamiento del mismo sistema (Alvarez, 2011:163-164). En este sentido, resulta relevante que este sistema no solo sea un impulsor del desarrollo por atraer capital para la consecución del mismo, sino que contribuya de manera armónica a este, y a los objetivos que en materia de desarrollo se plantea la comunidad internacional, cuyo compromiso actual se concreta en los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

## Sección 2. El enfoque de las capacidades humanas como elemento fundante de Los Objetivos de Desarrollo Sostenible

El 25 de septiembre de 2015, en el marco de la Cumbre de Desarrollo Sostenible celebrada en la Ciudad de Nueva York, líderes de diversas partes del planeta aprobaron la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, propuesta como “un plan de acción en favor de las personas, el planeta y la prosperidad”, el cual, replanteando los Objetivos de Desarrollo del Milenio, pretende erradicar la pobreza extrema, combatir las condiciones de desigualdad e injusticia, y solucionar el problema del cambio climático, en un marco de “fortalecimiento de la paz universal dentro de un concepto más amplio de libertad” (Agenda 2030, 2015: Preámbulo). Esta concepción, sobrepasó aquella visión en torno a la consecución del desarrollo desde el buen desempeño de indicadores económicos, a través de la vinculación a la teoría de las capacidades humanas la cual reconoce que las personas luchan por situaciones diferentes que están poco vinculadas a estos indicadores como lo es el hecho de “tener vidas significativas para ellos mismos” (Nussbaum, 2011: 1; 12-13).

El enfoque de las capacidades humanas, que fue planteado por Amartya Sen y desarrollado por autores como Martha Nussbaum, hace una aproximación al desarrollo diferente a las concepciones que han predominado para la medición del mismo, indicando que mecanismos de medición

económica como el producto interno bruto y per cápita, en ocasiones no reflejan aspectos de la vida humana que también son importantes. En este sentido, y fundado en la necesidad de promover un desarrollo humano más íntegro, invitan a crear estrategias de medición de diversas facetas de la realidad humana, con la finalidad de proveer los bienes necesarios para este desarrollo. En los últimos años, el debate internacional en torno al desarrollo se ha centrado en estos elementos, cuyo hincapié no solo ha radicado en tener una mayor inclinación humana, sino también en garantizar que tanto generaciones presentes como futuras puedan gozar de un margen de libertad que permita el desarrollo de sus habilidades humanas (Nussbaum, 2011: xi-xii; 12-14; 19-20).

### §1. El debate internacional en torno al desarrollo sostenible

El desarrollo sostenible es un concepto que integra “consideraciones económicas, sociales y ambientales dentro del proceso de desarrollo y provee un margen para la toma de decisiones orientadas a garantizar el bienestar humano”. Esta noción fue usada por primera vez en un reporte de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y los Recursos Naturales en 1980 que vinculó las concepciones de conservación y desarrollo, pero fue popularizado en 1987 por el Reporte de la Comisión Mundial sobre Ambiente y Desarrollo que estableció la importancia de lograr un desarrollo que asegurara la mejora de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras, buscando que en los procesos de toma de decisiones se lograra “la integración de consideraciones ambientales y económicas” (Nanda, 2016: 390-391). Anterior a estos eventos, y sin referirse de manera directa al término de desarrollo sostenible, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (1972) se refirió por primera vez a la importancia de atender la degradación del medio ambiente, pero no al vínculo entre esta problemática y el desarrollo. A estos eventos les siguieron la Conferencias de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo

(1992), La Cumbre del Milenio (2000), La Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible (2002) y la Conferencia de las Naciones Unidas Sobre Desarrollo Sostenible (2012) que dotaron a esta concepción de un enfoque más humano indicando que “los seres humanos son el centro del desarrollo sostenible, [teniendo derecho] a vidas saludables y productivas en armonía con la naturaleza” (Declaración de Río, 1992) y establecieron los pilares para que en el año 2015 en el marco de la Cumbre de las Naciones Unidas se adoptarán los Objetivos de Desarrollo Sostenible (Nanda, 2016: 390-392).

La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible que incluye estos Objetivos fue adoptada el 25 de septiembre de 2015, en el marco de la Cumbre de Desarrollo Sostenible celebrada en la Ciudad de Nueva York, y fue, propuesta como “un plan de acción en favor de las personas, el planeta y la prosperidad”, el cual, replanteando los Objetivos de Desarrollo del Milenio, pretende erradicar la pobreza extrema, combatir las condiciones de desigualdad e injusticia en el mundo, y solucionar el problema del cambio climático, en un marco de “fortalecimiento de la paz universal dentro de un concepto más amplio de libertad” (Agenda 2030, 2015: Preámbulo), planteando una serie de metas contenidas dentro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

Esta iniciativa tuvo sus raíces en la celebración de la Conferencia de las Naciones Unidas Sobre Desarrollo Sostenible, también conocida como Río+20, donde, en el documento final de la misma, “El futuro que queremos” (2012), se acogió la propuesta planteada por Colombia y Guatemala de adoptar una serie de objetivos que permitieran continuar con el impulso de cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo del Milenio e incluyera aspectos faltantes de los mismos como los derechos humanos, la protección institucional del Estado de derecho y la democracia y el replanteamiento de nuevas metas con ocasión de la finalización del periodo trazado en los

Objetivos de Desarrollo del Milenio, al igual que la posibilidad de dotar al desarrollo de un nuevo paradigma, fundado en la creación de capacidades humanas. Producto de este documento, en julio de 2012 se conformó el Panel de Alto Nivel para la Nueva Agenda de Desarrollo Post-2015 que inició sus labores en el año 2013, el cual, en conjunto con diversos grupos sociales, presentó un proyecto en el 2015 para finalmente ser aprobado durante este mismo año en el marco de la Cumbre de las Naciones Unidas (Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, 2016:13-15).

De esta forma y con los propósitos mencionados anteriormente, los Objetivos de Desarrollo Sostenible fueron planteados en los siguientes términos:

1. Poner fin a la pobreza en todas sus formas en todo el mundo.
2. Poner fin al hambre, lograr la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición y promover la agricultura sostenible.
3. Garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades.
4. Garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos.
5. Lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y niñas.
6. Garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos.
7. Garantizar el acceso a una energía asequible, fiable, sostenible y moderna para todos.
8. Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo; y el trabajo decente para todos.
9. Construir infraestructuras resilientes, promover la industrialización inclusiva y sostenible y fomentar la innovación.
10. Reducir la desigualdad en y entre los países.

11. Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles.
12. Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles.
13. Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos.
14. Conservar y utilizar en forma sostenible los océanos, los mares y los recursos marinos para el desarrollo sostenible.
15. Proteger, establecer y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar los bosques de manera sostenible, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras y poner freno a la pérdida de la diversidad biológica.
16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles.
17. Fortalecer los medios de ejecución y revitalizar la Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible (Agenda 2030, 2015).

El cambio de enfoque de los Objetivos de Desarrollo Sostenible en relación con los Objetivos de Desarrollo del Milenio radicó en las críticas que estos recibieron al dejar de lado asuntos como la protección del Estados de derecho y los derechos humanos (Nanda, 2016: 401), y ser formulados en un entorno de poca transparencia, pues en el proyecto únicamente participaron algunos miembros de las Naciones Unidas, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y la OCDE (Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, 2016: 12; Nanda, 2016: 398). Producto de esto, la Agenda 2030 marcó una ruptura entre el sentido de desarrollo y desarrollo sostenible de cara a los ODM, donde en vez de vincular el buen desempeño del desarrollo en torno a criterios económicos y más prevalentemente al crecimiento económico, el mismo se pretendió medir en

torno al crecimiento humano y la inclusión de todas las personas en el proceso de desarrollo, teniendo como elementos fundantes las construcciones teóricas en torno a la libertad de Amartya Sen (Nanda, 2016: 389-390).

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible tienen su base fundacional en el enfoque de las capacidades humanas, cuya aproximación al desarrollo reconoce que las personas luchan por situaciones diferentes que están poco vinculadas a indicadores de carácter económico como es el hecho de “tener vidas significativas para ellos mismos”; lo que revela la importancia de crear sistemas que permitan la satisfacción de este tipo de necesidades y la eliminación de aquellos que las escondan o ignoren. Es decir, aproximaciones y estrategias políticas que de una manera integral concreten necesidades tales como “el disfrute de vidas longevas, saludables y creativas” y permitan el desarrollo del potencial humano de todas las personas (Nussbaum, 2011: 1; 12-13). De acuerdo con esto, la formulación de metas en materia de desarrollo bajo una concepción sostenible del mismo implica el “[...] acceso al ingreso no como un fin en sí mismo sino como un medio para adquirir bienestar humano”. Estos aspectos fueron reunidos bajo una perspectiva del desarrollo como libertad (Draper III, 1990, citado por Nanda, 2016: 389-390) y fueron tomados en cuenta como elementos fundacionales de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, cuyo preámbulo estableció el “fortalecimiento de la paz universal bajo una concepción más amplia de libertad y la protección y garantía de las libertades fundamentales, al igual que la toma en consideración del desarrollo de las capacidades de las personas” (Nanda, 2016: 403; Agenda 2030: Preámbulo), en desarrollo del enfoque de las capacidades humanas y con la finalidad de generar escenarios de desarrollo más integrales que atendieran diferentes aspectos de la diversidad humana.

## §2. El enfoque de las capacidades humanas

El enfoque de las capacidades humanas parte de una crítica a las teorías liberales para guiar la toma de decisiones en materia de políticas públicas, afirmando que estas “han guiado las políticas sobre desarrollo hacia elecciones que son incorrectas desde una perspectiva de valores humanos ampliamente compartidos (como el respeto por la igualdad y la dignidad)”. La mayoría de estas teorías fundan la medición del buen desempeño social en factores como el aumento del producto interno bruto per cápita o el crecimiento económico, para analizar casos en que las personas luchan por situaciones diferentes que están poco vinculadas a estos indicadores como el hecho de “tener vidas significativas para ellos mismos”. Esta situación revela la importancia de crear sistemas de medición de la realidad social que reflejen este tipo de necesidades y la eliminación de aquellos que las escondan. Es decir, aproximaciones que permitan incluir nociones que concreten de una manera global las necesidades de las personas tales como “el disfrute de vidas longevas, saludables y creativas” (Nussbaum, 2011: xi-xii; 1).

En la base de la teoría de las capacidades humanas subyace un cuestionamiento a la concepción que se ha planteado sobre la relación entre el crecimiento económico y la mejora del bienestar social como factores que se complementan el uno con el otro, asumiendo que hay elementos esenciales de la vida humana que escapan a la forma como se llevan a cabo estos objetivos, y que por tanto se deben crear o implementar mecanismos diferentes que propicien la materialización de estas realidades. De esta forma, el enfoque de las capacidades humanas propone un aproximamiento que “defina los logros en términos de oportunidades para cada persona; [...] el desarrollo de políticas que sean verdaderamente pertinentes para un amplio rango de situaciones humanas, lo que implica enfocarse en diversos factores que afectan la calidad de la vida humana”,

para construir un entorno que sea justo a nivel social. En la búsqueda de esta finalidad, esta teoría entiende por capacidades “la serie de oportunidades interrelacionadas para elegir o actuar”, es decir, la combinación de las habilidades de cada persona y las libertades presentes en un determinado medio político, social y económico para acceder al goce de ciertos bienes básicos (Nussbaum, 2011:12-14; 19-20).

El enfoque de las capacidades se centra en aquellas más importantes, al partir del objetivo de lograr una vida valiosa en sí misma para cada ser, siendo la dignidad el elemento que dota de contenido el valor de cada vida. Esta se funda en la noción de desarrollo (en el caso de las personas, del desarrollo humano); del hecho de desarrollar las habilidades que implican llevar una vida humana que vivir (Nussbaum, 2011: 29-31). En este sentido, el enfoque de las capacidades se liga a una concepción de dignidad humana que dote de valor a los individuos, por medio de las condiciones necesarias que estos requieren para tener una vida valiosa en sí misma. Esta concepción no parte de un acercamiento antropocéntrico de la dignidad humana, y se desliga del valor de las personas en torno a su capacidad de razonar, por lo que puede llegar a incluir el desarrollo de las capacidades de otras especies. De esta forma, no es el hecho biológico de ser humano lo que dota a las personas de humanidad, sino el hecho de tener una vida humana que vivir, donde se debe partir del hecho de que las personas son débiles, mortales, y con posibilidad de sufrir frustraciones; para lograr un compromiso de dar un trato humano a los entes humanos. En este sentido, la dignidad humana significa el reconocimiento de una humanidad común donde las personas tienen experiencias similares, y por tanto deben tener la posibilidad de tener una existencia en términos de igualdad de acceso a estas experiencias (Gallego, 2005). En este punto, se basa en una noción de igualdad en el trato digno en condiciones humanas (Nussbaum, 2011: 31), al igual que en el principio de autonomía de la persona y el pluralismo. Frente a la autonomía personal, esta teoría afirma la

obligación de que las personas puedan renunciar al disfrute de los bienes sociales, por su parte, el aspecto pluralista de esta teoría, busca la heterogeneidad de las capacidades centrales, donde unas capacidades no pueden ser dadas en mayor medida que otras, y no se debe renunciar a la facilitación de estas a cambio de algo más. De esta forma, el carácter pluralista de esta teoría implica que las capacidades sean planteadas en términos abstractos, de forma que se esbocen a manera de principios y su contenido sea dotado por cada Estado o grupo social de acuerdo con sus diferentes tradiciones y características, pero siempre con miras a proporcionar todas las capacidades en su globalidad (Nussbaum, 2011: 35-36).

De manera concreta, las capacidades centrales (las más importantes) son las siguientes:

- La vida: que implica poder vivir hasta el final de una vida humana de normal duración; sin morir prematuramente, o hasta antes de que el disfrute de esta sea tan reducido que no valga la pena vivirla.
- Salud corporal: que implica poder tener una buena salud, incluyendo la reproductiva; y tener una nutrición y un refugio adecuados.
- Integridad corporal: que implica poder moverse de manera libre de un lugar a otro; estar seguro contra asaltos violentos, incluidos los de carácter sexual y la violencia doméstica; y tener oportunidades para la satisfacción sexual y para la elección en materia reproductiva.
- Sentidos, imaginación y pensamiento: que implica poder usar los sentidos, imaginar, pensar y razonar, y hacer estas cosas de una manera “verdaderamente humana”, una manera informada y cultivada a través de una educación adecuada, incluyendo (de manera enunciativa) la enseñanza en alfabetización, matemáticas básicas, y ciencia; poder usar la imaginación y el pensamiento en conexión con trabajos experienciales y productivos [...];

poder usar el pensamiento de formas protegidas por garantías de libertad de expresión, respetando el discurso político y artístico, y la libertad de ejercicio de culto; poder tener experiencias placenteras y evitar el dolor no beneficioso.

- Emociones: que implica poder tener apegos por cosas y otras personas; amar a aquellos que nos aman y se preocupan por nosotros, afligirse en su ausencia; y en general amar, afligirse, experimentar anhelo, gratitud y justificar la rabia; no tener el desarrollo emocional personal obstaculizado por miedo y ansiedad (apoyar esta capacidad implica apoyar formas de asociación humana que demuestren ser cruciales para su desarrollo).
- Razón práctica: que implica poder formar una concepción del bien y realizar una reflexión crítica sobre los planes de vida personales (esto implica la protección de la libertad de conciencia y del ejercicio de culto).
- Filiación: que implica (A) poder vivir con y para otros, reconocer y mostrar preocupación por otros seres humanos, realizar varias formas de interacción social; poder imaginar la situación del otro (proteger esta capacidad significa proteger las instituciones que constituyen y nutren tales formas de afiliación, al igual que proteger la libertad de asociación y de discurso político.); y (B) tener las bases sociales de respeto personal y no humillación; ser tratado como un ser con dignidad cuyo valor es igual al de otros. Esto implica normas de no discriminación en función de la raza, el sexo, la orientación sexual, la etnicidad, las castas, las religiones, o el origen nacional.
- Poder vivir una vida en consideración y relacionada con los animales, las plantas y el mundo natural.
- Jugar: que implica poder reír, jugar, y disfrutar actividades recreacionales.

- Control sobre el ambiente personal: (A) A nivel político: que implica poder participar efectivamente en las decisiones políticas que gobiernan la vida personal; y tener el derecho de participación política, y protección de la libertad de expresión y asociación. (B) A nivel material: que implica poder tener propiedad (tanto bienes muebles, como inmuebles), y tener derechos de propiedad sobre una base de igualdad con otros, tener el derecho de buscar empleo sobre una base de igualdad con otros; y en el trabajo, poder trabajar como un ser humano, ejerciendo la razón práctica, e involucrándose en relaciones significativas de reconocimiento mutuo con otros trabajadores (Nussbaum, 2011: 40).

\*\*\*

Uno de los elementos en que se relacionan los Objetivos de Desarrollo Sostenible y el enfoque de las capacidades humanas consiste en el reconocimiento de la necesidad de crear mecanismos de medición de la realidad que reflejen otras facetas de la existencia humana vinculadas en menor medida a indicadores económicos (Agenda 2030, 2015: Declaración 54; Nussbaum, 2011: xi-xii). La importancia de estos indicadores no solo radica en la toma en consideración de aspectos que vayan más allá de mediciones económicas, sino en que los mismos constituirían la forma de determinar el progreso de la materialización de todos los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Frente a este punto, estos mecanismos aún se encuentran en desarrollo, por lo que es necesario afirmar que la debida creación de estos es un factor del cual depende en gran medida el éxito de la implementación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. De cara a este escenario, elementos como el índice de desarrollo humano realizado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo podrían resultar de ayuda como punto de partida para su creación.

Por otro lado, resulta relevante resaltar la paradoja entre el margen de decisión técnico que tuvieron los Objetivos de Desarrollo del Milenio y el énfasis en que los Objetivos de Desarrollo Sostenible fueran planteados a través de un proceso de decisión más democrático (Nanda, 2016: 401). Esto vino a reflejarse en unas metas planteadas en términos más amplios, que pueden correr el riesgo de no responder a la capacidad efectiva de los Estados para su implementación. A pesar de esto, es importante resaltar el énfasis que hacen los Objetivos de Desarrollo Sostenible en materia de protección de derechos humanos, cuyo tratamiento parte de la necesidad de fortalecer los medios que hacen posible su goce efectivo, lo cual responde al planteamiento del enfoque de las capacidades humanas de la búsqueda del goce de las libertades a través de la generación de capacidades que permitan acceder a estas.

De cara a este escenario, y teniendo en cuenta el rol que juega la inversión extranjera directa en la generación de desarrollo (Lee, 2009: 144), resulta necesario armonizar la protección de los derechos y expectativas legítimas de los inversionistas extranjeros, con los de otros agentes relevantes, entre estos lo Estados, a través de impulsos de reforma dirigidos no solo a aspectos sustantivos de los acuerdos de inversión, sino a sus mecanismos procedurales, los cuales deben guardar mayor consistencia decisoria entre sí, y frente a regímenes que traten asuntos como los derechos humanos o aspectos ambientales. Por otro lado, es importante generar un mayor margen de exigencia a los inversionistas extranjeros que busque que los mismos contribuyan de una forma proactiva al desarrollo sostenible, lo cual implica un rol más activo del Estado en buscar una inversión extranjera de calidad que sea acorde con sus objetivos de desarrollo. En este sentido, resulta relevante generar un ámbito de capacidad regulatoria de los Estados mayor que permita atender situaciones críticas como dificultades económicas, y generar mejores realidades acordes a los objetivos de desarrollo que se tracen a nivel global, para construir un sistema de inversión

extranjera directa más responsable con el rol de esta actividad en el desarrollo económico y social (UNCTAD, 2015: 128-129).

Estos impulsos de reforma y la efectividad de la implementación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible dependen también de su adopción en el ámbito nacional. La inclusión de estos Objetivos en el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 (PND, 2015: 653-704), que será tratada en la segunda parte del presente escrito, constituye un punto de partida para la materialización de estos lineamientos en Colombia. Si bien, para la realidad nacional también aplica la necesidad de mejorar los mecanismos de medición de cada índice tomado en cuenta los Objetivos de Desarrollo Sostenible, la inclusión de estos en el Plan Nacional de Desarrollo, hace que tengan una influencia importante en el marco del desarrollo colombiano y la formulación de políticas públicas en el país. Esto plantea una serie de desafíos frente a la armonización de otros sistemas en el ámbito nacional, pues implica un compromiso importante en materia de recursos económicos y políticos que permitan su materialización. En este sentido, y de acuerdo con lo mencionado con anterioridad, uno de los escenarios que requiere una aproximación diferente en cuanto a su regulación es el margen regulatorio de la inversión extranjera en el ámbito colombiano, el cual debe responder de manera armónica al marco del desarrollo nacional, buscando generar la presencia de una inversión extranjera responsable con este.

## Segunda parte. El sistema internacional de inversión extranjera directa de cara al marco del desarrollo colombiano

El marco del desarrollo en Colombia reúne aspectos como la implementación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, los lineamientos para el ingreso a la OCDE y la ejecución de los acuerdos de paz que se logren con los grupos al margen de la ley, esto se puede apreciar en el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 cuya aproximación al desarrollo tiene un vínculo cercano a la teoría de las capacidades humanas (PND, 2015: art 1; 24-25; 30). De cara a estos objetivos de desarrollo, es importante que Colombia reoriente sus estrategias en materia de negociación de acuerdos bilaterales buscando que la inversión extranjera que ingrese al país tenga un papel mayor en la implementación de sus objetivos de desarrollo, y que el sistema que regula a la misma contribuya a esta finalidad. Para esto, resulta necesario plantear la incidencia de los Objetivos de Desarrollo Sostenible en la elaboración de políticas públicas en Colombia, cuyo análisis permitirá establecer que existen otros factores también relevantes en materia de desarrollo como son los lineamientos para constituirse en miembro de la OCDE, y la implementación de los acuerdos de paz que eventualmente logren llegar a concretarse. Para efectos del presente escrito, estos factores constituyen el marco del desarrollo colombiano, el cual requiere de un impulso de reforma ambiciosa que involucra el replanteamiento de diversas instituciones, entre ellas la aproximación a la protección de los derechos y expectativas legítimas de los inversionistas extranjeros directos, quienes deben contribuir en mayor medida a construir una realidad más incluyente y sostenible.

## Sección 1. La incidencia de los Objetivos de Desarrollo Sostenible en la elaboración de políticas públicas en Colombia

Como actor impulsor de los Objetivos de Desarrollo Sostenible en el marco de la Agenda 2030, Colombia tiene un compromiso importante frente a la implementación de estos objetivos en su territorio. Buscando esta finalidad, los mismos fueron incluidos en el Plan Nacional de Desarrollo, 2014-2018 (2015: art. 1), siendo el primer país en mencionarlos en un instrumento legal para la elaboración de políticas públicas. En este mismo sentido, este documento hizo un énfasis importante en la creación de capacidades humanas como pilar elemental del desarrollo. Frente a lo cual, es importante tener en cuenta que existen otros elementos relevantes para el desarrollo colombiano como son la inserción de Colombia en la OCDE y la implementación y consecución de acuerdos de paz con algunos grupos al margen de la ley. En este sentido, resulta relevante hacer un aproximamiento crítico a la incidencia de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, los cuales, si bien se mencionan en el Plan Nacional de Desarrollo, pueden no tener una tendencia de implementación tan fuerte, como si pueden llegar a serlo los otros elementos del desarrollo colombiano mencionados.

### §1. Los Objetivos de Desarrollo Sostenible y el desarrollo de las capacidades humanas en el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018

Para analizar la incidencia del enfoque de las capacidades humanas y de los objetivos de desarrollo sostenible en la formulación de políticas públicas se abordará el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”, como instrumento que determina el trayecto en la formulación de políticas públicas a nivel central durante el cuatrienio presidencial en curso. Este instrumento estableció como pilares fundamentales del desarrollo en Colombia la construcción de la paz, la

equidad y la educación, los cuales pretenden lograr de manera interrelacionada que las personas maximicen las oportunidades presentes a través de la igualdad en el acceso a las mismas. Estos pilares se fundan en seis estrategias que son la competitividad estratégica e infraestructura, la movilidad social, la transformación del campo, la consolidación del Estado social de derecho, el buen gobierno, y el crecimiento verde, que pretenden ser implementadas a través de la orientación hacia el logro de resultados concretos y medibles y la ejecución territorial, de forma que se tracen metas concretas que tengan la posibilidad de ser medidas en cuanto a su cumplimiento y tengan un enfoque territorial de acuerdo con los desafíos de cada región (PND, 2015: 26).

El PND estableció cuatro desafíos para articular el desarrollo socioeconómico en Colombia que son los siguientes:

1. Aumentar la eficiencia del gasto social para que los recursos se traduzcan en mejores resultados en cobertura y calidad.
2. Mejorar la focalización del gasto social para que este beneficie prioritariamente a los más pobres y vulnerables.
3. Consolidar un sistema de protección social que contribuya eficazmente a fortalecer y proteger el capital humano y los ingresos de los hogares, y a reducir su vulnerabilidad.
4. Alcanzar la inclusión social de los diferentes grupos étnicos, así como la igualdad de género (PND, 2015: 250-251).

Este documento igualmente vinculó gran parte de sus objetivos a la creación de capacidades humanas. De esta forma, establece una visión del país en materia de lucha contra la pobreza como un Estado que “promueve el desarrollo humano”, al igual que afirma la necesidad de adaptar las estrategias en la consecución del mismo a las “particularidades acordes con la etapa de la

trayectoria de vida”, lo cual se adapta con el carácter pluralista del enfoque de las capacidades humanas, de igual forma, este establece un enfoque de desarrollo humano con énfasis en derechos humanos de carácter sostenible. Por otro lado, el PND afirma que la importancia del impulso de la educación como pilar fundamental radica en la construcción de “mayores capacidades para participar en el sistema político, en la economía de mercado, y en la defensa de [los] derechos”; y, al referirse al aumento de la conectividad, equipara a las capacidades TIC con el fortalecimiento “de los emprendimientos comunitarios y [...] la creación de oportunidades laborales para personas en situación de pobreza”, en este mismo sentido se refiere al “aumento de las capacidades productivas” en la promoción del desarrollo económico, y dedica un literal entero a la potencialización de las capacidades y los talentos excepcionales para el mejoramiento de la educación en el país y la consecución de la igualdad de oportunidades para todos los ciudadanos. De igual forma, el PND se refiere en diversos puntos al desarrollo de las capacidades institucionales, regionales, poblacionales como elementos fundantes de la consecución de todos los objetivos, lográndose apreciar un énfasis del documento en maximizar las capacidades como herramienta para lograr los objetivos del mismo, lo cual resulta coherente con el ámbito de ampliación del rango de libertad del enfoque de las capacidades humanas que busca maximizar las mismas dejando a disposición y elección de las personas el goce de los bienes públicos (PND, 2015: 25-26; 62; 67; 68; 70; 82; 101-102).

Este mismo documento ha establecido que “se acoge a la esencia de la Agenda de Desarrollo Post-2015 de las Naciones Unidas” lo cual quedó consignado en el artículo primero de la Ley 1753 de 2015 aprobatoria del PND, al igual que en el capítulo de crecimiento verde (2015: 653-704). Por otro lado, al describir el funcionamiento del Consejo de política económica y social (Conpes) establece como una de sus tareas “hacer seguimiento al avance de las metas del Plan Nacional de

Desarrollo, para alcanzar plenamente los Objetivos de Desarrollo Sostenible a los que se ha comprometido previamente la Nación, de acuerdo con la información que las entidades territoriales alleguen a los ministerios, entidades competentes y al Departamento Nacional de Planeación, sobre la inclusión en sus Planes de Desarrollo de objetivos, metas y estrategias concretas dirigidas a la consecución de dichas metas” (art 164-6). En el mismo sentido, buscando la coordinación interinstitucional en la implementación de estos objetivos a nivel nacional, el Gobierno creó en el año 2015 una comisión interinstitucional para la efectiva implementación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible que, coordinada por el Departamento Nacional de Planeación, pretende lograr un trabajo intersectorial con responsabilidades compartidas en la implementación de estos objetivos (Decreto 280, 2015).

Si bien es importante resaltar el interés del gobierno de hacer una aproximación al desarrollo compatible con los Objetivos de Desarrollo Sostenible, es necesario plantear ciertas inquietudes de cara a la materialización de los mismos. En este sentido, la descentralización en Colombia, implica que el análisis en materia de políticas públicas tome en cuenta aspectos propuestos por el gobierno central, pero también requiera de un acercamiento departamental y municipal, lo cual explica el énfasis del Plan Nacional de Desarrollo de lograr que las regiones se apropien de la adopción de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. De cara a este escenario, al analizar la inclusión de estos dentro de los Planes de Ordenamiento Territorial de algunas ciudades (Barranquilla, Bogotá, y Cali) se logra apreciar la ausencia de mención de los mismos, o en el caso del POT de Medellín, el uso de los Objetivos de Desarrollo del Milenio como “marco de referencia global” en el desarrollo institucional (2014: art. 227). Esto hace que la implementación de estos en el corto plazo pueda verse frustrada, al menos en cuatro de las grandes ciudades del país, lo que no quiere decir que la Agenda 2030 no vaya a tener incidencia en un futuro, pero tal vez no durante

los periodos de alcaldías y gobernaciones en curso, lo que implica que hasta el 2019 (casi un tercio del término de implementación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible), probablemente no se vayan a ver nuevas iniciativas que tomen en consideración estos enfoques.

A esto, es necesario agregarle el contraste que implica la positivización de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de cara a la de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, los cuales fueron aprobados a través de los documentos Conpes 91 y 140 en el año 2005, que frente al Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 y el Decreto 280 del 18 de febrero 2015, resultan instrumentos con mayor incidencia en la elaboración de políticas públicas a nivel nacional. Si bien esto no quiere decir que los Objetivos de Desarrollo Sostenible no vayan a ser implementados, si marca pautas para cuestionarse que los mismos vayan a ser los actores protagónicos en el marco del desarrollo colombiano del presente cuatrienio, teniendo en cuenta que otros puntos en materia de desarrollo como los lineamientos para el acceso de Colombia a la OCDE y la implementación de los acuerdos de paz tienen un mayor protagonismo e importancia de cara al contexto social y político actual, pues sus márgenes temporales son menores a las del quindenio establecido en la Agenda de Desarrollo Post 2015, y por tanto implican una necesidad mayor de celeridad en su materialización.

## §2. El marco del desarrollo en Colombia

El análisis del PND 2014-2018 permite establecer que, además de fundarse en la implementación de la Agenda post-2015, el desarrollo sostenible en Colombia también se enmarca en los lineamientos para el ingreso de Colombia a la OCDE y la consecución y posterior implementación de un acuerdo de paz con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), y con otros eventuales acuerdos que se logren con otros grupos al margen de la ley. Esto se puede observar en el énfasis de este documento sobre la implementación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible

ya mencionado, pero también en la afirmación de que el “Plan involucrará una serie de instrumentos [...] armonizados con los estándares de la [...] OCDE [...]” y que se “prepara simultáneamente con un proceso de acercamiento, diálogo y negociación con los grupos insurgentes al margen de la ley”, cuya materialización debe soportarse en los objetivos planteados en el Plan Nacional de Desarrollo (2015: 24-25; 30).

Frente al ingreso de Colombia a la OCDE, si bien el objetivo planteado en el Plan Nacional de Desarrollo es la inserción de Colombia en esta organización, el papel de la misma en materia de desarrollo, y los requisitos para el ingreso de Colombia a la misma, tienen una alta incidencia en el marco del desarrollo colombiano. De esta forma resulta relevante señalar que la estrategia actual de Colombia en materia internacional se ha orientado a reafirmar el “rol de la cooperación internacional en el cumplimiento de los objetivos de desarrollo sostenible y el apoyo del acceso de Colombia a la OCDE” (Tassara, 2015b: 80) bajo una estrategia más proactiva. Para analizar el marco de inserción de Colombia a la OCDE, es importante partir de los objetivos de esta organización los cuales son “promover políticas tendientes a consolidar la expansión de la economía, aumentar el empleo y mejorar el nivel de vida de los países miembros, manteniendo la estabilidad financiera y contribuyendo así al desarrollo de la economía mundial”, buscando generar un margen de libre competencia. Para conseguir estos fines, la OCDE “realiza estudios y análisis, procesa una gran cantidad de datos y estadísticas para realizar pronósticos de tendencias, establece estándares internacionales dentro de un amplio rango de temas de políticas públicas, y ofrece un foro donde los gobiernos puedan trabajar conjuntamente para compartir experiencias y buscar soluciones compartidas a los problemas comunes” (Tassara, 2015b: 80; 82-83).

De acuerdo con esto, la incidencia en materia de desarrollo de la inserción de Colombia en la OCDE se origina en las recomendaciones hechas a Colombia por parte de los comités de esta Organización, las cuales se pueden resumir de la siguiente manera:

(1) Fortalecer el crecimiento inclusivo mediante un mayor desarrollo financiero, educacional y de habilidades y competencias, así como mejores infraestructuras; (2) Realizar una reforma integral del sistema tributario para aumentar la equidad, el crecimiento y la recaudación; (3) Reformar a fondo el sistema de pensiones para reducir la desigualdad y la pobreza en la tercera edad; y (4) Continuar reformando el mercado laboral para reducir la informalidad y crear más puestos de trabajo de calidad (OCDE 2015: 5; Tassara, 2015b: 94-95)

En relación con la implementación de los acuerdos de paz entre Colombia y las FARC, el Plan Nacional de Desarrollo aborda el tema de la paz desde una visión holística que involucre “todos los aspectos estructurales del desarrollo y la garantía plena de la democracia en el territorio”, así como la terminación de la confrontación armada con los grupos al margen de la ley en Colombia (PND, 2015: 41). De esta forma se establecen como enfoques para la consecución de este fin:

- El enfoque de derechos, entendido como la garantía del goce efectivo de los derechos de los ciudadanos en ejercicio pleno de su ciudadanía.
- El enfoque territorial, que implica la atención diferenciada de los territorios con el fin de cerrar las brechas existentes entre los ámbitos urbano y rural, especialmente en aquellos que se han visto más afectados por los efectos del conflicto armado interno y que tienen un mayor rezago en su desarrollo.

- El enfoque participativo, entendido como la profundización de la democracia y la participación de todos los ciudadanos en las decisiones que les incumbe.
- La reconstrucción de la confianza entre los ciudadanos y entre la ciudadanía y el Estado como base para la reconciliación (PND; 2015: 44).

Frente a este punto los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo indican que “el sector empresarial está llamado a participar de manera proactiva y sostenida” de forma que se oriente a “desarrollar modelos empresariales que interpreten el contexto territorial para romper los ciclos de violencia, la desigualdad, la exclusión, y la violación de derechos humanos, y crear círculos virtuosos que favorezcan mayores niveles de inclusión económica y social”. En este mismo sentido, el Plan Nacional de Desarrollo establece la importancia de la cooperación internacional en la implementación de los acuerdos al disponer de recursos, experticia, y confianza. De acuerdo con este documento, con estos objetivos se pretende lograr un mejor ambiente de negocios para potenciar el desarrollo económico con la generación de ambientes más atractivos para la inversión (PND, 2015: 43; 45). En este punto, el Plan Nacional de Desarrollo reconoce la importancia de la inversión en la construcción de desarrollo en Colombia.

\*\*\*

Si bien la incidencia de los Objetivos de Desarrollo Sostenible en Colombia puede no tener un margen de protagonismo en la actualidad, otros aspectos como la implementación de las recomendaciones para el ingreso a la OCDE y de los acuerdos de paz, especialmente el ahora logrado con las FARC, si conforman unos factores importantes en los lineamientos para el desarrollo social en Colombia. En este sentido, si bien sobre los mismos subyacen fundamentos diferentes a los de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, como son acercamientos más técnicos

para la construcción de desarrollo económico (en el caso de la OCDE), y necesidades de atender deficiencias históricas a nivel nacional (como es el caso de las FARC), la incidencia de la implementación de estos también plantea un desafío de cara a la obligación de Colombia de respetar el sistema internacional de inversión extranjera directa.

Como se mencionó con anterioridad, si bien en la actualidad este sistema no siempre empodera en la misma medida a los inversionistas extranjeros al punto de anular la capacidad regulatoria de los Estados, es importante que el acercamiento al mismo obedezca a las necesidades de desarrollo que se establecen a nivel nacional. En este punto, aun considerando el respeto que tiene la OCDE frente a la liberalización de mercados y capitales, es importante reconocer que de cara a las propuestas que plantea para Colombia, las mismas tocan temas sensibles para los inversionistas extranjeros, especialmente en lo que respecta a medidas tributarias y laborales que van a favor de un mayor recaudo y un mejoramiento de las condiciones de la fuerza laboral colombiana. Por su parte, los impulsos de reforma que elevan los acuerdos de paz como el de las FARC, implican aspectos que pueden ser sensibles en cuanto a los intereses de los inversionistas como es el aspecto agrario, el énfasis en restitución de tierras, y los eventuales abusos que puedan salir a la luz con ocasión de los procesos de justicia y reparación que se lleven a cabo, los cuales pueden resultar desfavorables para algunos inversionistas en el país.

De acuerdo con esto, los puntos de reforma al sistema internacional de inversión extranjera, no solo deben partir de una iniciativa global, especialmente tomando en consideración la dinámica regulatoria de este sistema que se da a través de acuerdos bilaterales de inversión. En este sentido, la importancia de reformar el sistema internacional de inversión extranjera directa debe hacerse desde un punto nacional, buscando que el Estado tenga un margen de regulación tal que permita

la implementación de las iniciativas que busquen el desarrollo que actualmente se está planteando Colombia, el cual implica tomar medidas que pueden no resultar agradables para los inversionistas extranjeros.

## Sección 2. Algunos puntos de reforma del sistema de inversión extranjera en Colombia

La búsqueda del desarrollo humano en el contexto estatal “no solo presupone el respeto de los derechos fundamentales de cada persona para la libertad natural, [sino] el acceso y las oportunidades de cada cual de obtener lo que es necesario para llevar una vida verdaderamente humana”. Este concepto vincula a los gobiernos a desarrollar medidas tendientes a “proteger la seguridad de sus miembros o ciudadanos a través de medios moralmente aceptables”, lo cual se gesta de manera diferente en cada sociedad de acuerdo con la forma como el desarrollo humano se lleva a cabo para cada uno de sus habitantes (Bardy, 2016: 250). Esta necesidad debe ser liderada por las autoridades públicas, pero debe partir de un compromiso generalizado donde todos cumplan un rol en la consecución de un mayor desarrollo humano (Nussbaum, 2011), de esta forma, es necesario que a través de los escenarios de creación de políticas públicas y de toma de decisiones democráticas se establezca el rol de la inversión extranjera de cara a un paradigma de desarrollo que tome en cuenta una noción más amplia de libertad como es el enfoque de las capacidades humanas, y las metas del país de implementar los acuerdos de paz y los lineamiento de desarrollo propuestos por la OCDE.

Los procesos de globalización y el desarrollo económico son factores importantes en la erradicación de la pobreza a nivel mundial, pero necesitan estar dotados de elementos que aseguren que el crecimiento económico contribuya al desarrollo social, en este sentido, es importante “construir instituciones con instrumentos adecuados que limiten la corrupción, la persecución del

fraude, el establecimiento de derechos de propiedad definidos claramente, la promoción de la prosperidad individual, la garantía de expresiones de libre interacción, la provisión de todos los miembros de la sociedad de mejorar sus condiciones de vida y la construcciones de mercados de capital funcionales que aseguren la autosuficiencia” (Bardy, 2016: 250-251).

En el año 2015, El Reporte Mundial de Inversión de la UNCTAD dedicó la segunda parte de su tradicional informe a analizar el régimen internacional de inversión extranjera y proponer una serie de reformas al mismo para enfrentar ciertos desafíos contemporáneos. Partiendo del hecho de que “la conservación de los recursos naturales, la protección ambiental y el bienestar social” fueron aspectos que estuvieron por fuera de los acuerdos de inversión por más de sesenta años y “en la medida en que la visión de la comunidad internacional sobre el desarrollo ha evolucionado”, cada vez es menos suficiente que los inversionistas cumplan con el marco mínimo legal exigido por los Estados, siendo necesario crear exigencias para que esta actividad cumpla con estándares en materia de derechos humanos y buenas prácticas internacionales, posea códigos de responsabilidad empresarial y rinda cuentas sobre estos con balances positivos en la gestión. Esto, sumado a la necesidad de generar desarrollo sostenible, a través de su inclusión en la agenda de los actores relevantes en la consecución de este fin, ha llevado a esta organización a plantear cinco puntos de reforma los cuales se concretan en la salvaguarda del derecho a regular, la modificación del sistema de resolución de disputas, el enfoque en la promoción y la facilitación de la inversión, el aseguramiento de una inversión responsable, y el mejoramiento de la consistencia en la aplicación y el alcance de las disposiciones del sistema (UNCTAD, 2015: 120, 125-128). Estos puntos de reforma, junto con algunos elementos más resultan relevantes para la aproximación de Colombia a la reforma del sistema internacional de inversión extranjera directa para que el mismo pueda jugar un rol más activo en la generación de desarrollo.

## §1. Iniciativas de reformas de cara a la comunidad internacional

Si bien la dinámica regulatoria en materia de inversión extranjera se da a través de acuerdos bilaterales de inversión (Lee, 2009: 144), la búsqueda de mejorar este sistema y generar una mayor coherencia con otros marcos normativos debe buscar una incidencia con alcances globales que permita atender algunos aspectos del mismo que no pueden ser corregidos desde una aproximación nacional o bilateral. En este sentido, es importante resaltar que la generación de un sistema más articulado que guarde coherencia entre sí y con otros sistemas, es una necesidad que debe partir de un consenso generalizado a nivel internacional. De igual forma, la atención a las problemáticas del sistema de resolución de disputas por excelencia en el ámbito de la inversión extranjera directa que es el arbitraje, debe tener alcances globales especialmente en lo que respecta a la búsqueda de una mayor coherencia en cuanto a los criterios que tienen los árbitros. Estas iniciativas se deben concretar en un mejoramiento de la consistencia regulatoria y la reforma del sistema de resolución de disputas.

### *I. El mejoramiento de la consistencia regulatoria*

La necesidad de crear un sistema de inversión extranjera que tome en consideración la creación de capacidades humanas, parte de la importancia de evitar que la fragmentación normativa del sistema sea mayor, lo que implica impedir que una misma disposición tenga un rango de interpretación tan amplio, que termine siendo aplicada de maneras distintas de acuerdo con el tribunal que se encuentra decidiendo (UNCTAD, 2015: 160-163).

Evitar esto, implica crear un sistema con un mayor nivel de predictibilidad para las partes, y con mayor seguridad jurídica para las mismas, en este sentido, el ámbito de negociación de acuerdos

bilaterales de inversión extranjera por parte de Colombia debe buscar asegurar la coherencia entre las regulaciones de inversión extranjera, y otro tipo de disposiciones y políticas públicas. Dentro de este proceso, es importante estudiar la posibilidad de generar sinergias entre los instrumentos de inversión extranjera y otro tipo de instrumentos o iniciativas políticas buscando potenciar la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Por otro lado, teniendo en cuenta la diversidad de acuerdos existentes, resulta importante tomar una iniciativa con alcances globales y regionales de generar un consenso multilateral para acoplar las diversas disposiciones de los acuerdos, buscando una aplicación de las cláusulas de inversión con mayor coherencia sistémica o la creación de un sistema multilateral de inversión extranjera (UNCTAD, 2015: 160-163), lo cual permitiría superar la dinámica de formación de acuerdos bilaterales que tienen un incidencia tan alta en la fragmentación del sistema, lo cual debe partir a su vez del supuesto de la importancia de reformar el sistema de resolución de disputas en materia de inversión extranjera directa, pues en ocasiones, es a través de la interpretación de las cláusulas de los acuerdos que el alcance de las mismas llega a tener incidencias tan amplias que ponen en peligro la misma consistencia regulatoria.

## *II. La reforma del sistema de resolución de disputas*

En un ámbito de políticas redistributivas del ingreso y de protección de los derechos de propiedad y retorno de los mismos, es importante contar con un sistema de resolución de disputas que asegure un mayor margen de predictibilidad para las partes. En este sentido, es importante adoptar algunas de las recomendaciones por partes del Reporte de Inversión de la UNCTAD del año 2015 (145-155) en cuanto a la reforma de los acuerdos ya celebrados y plantear una estrategia en la celebración de acuerdos futuros.

En relación con los puntos de reforma es importante, partir de la necesidad de reducir el marco decisorio e interpretativo de los árbitros, para lo cual se debe hacer énfasis en los siguientes aspectos:

- Aumentar la transparencia de los procesos arbitrales haciendo públicos los fallos, y los acuerdos de conciliación, y permitiendo que sujetos con interés dentro del litigio participen y tengan voz dentro de la toma de decisión final. Este punto podría de igual forma contribuir a la consistencia en materia de decisión arbitral.
- Asegurar que el tercero componedor sea imparcial y esté capacitado para tomar la decisión, y regular sus honorarios para que no estén vinculados a la cuantía del litigio. La imparcialidad del árbitro se puede lograr a través de listas predeterminadas por ambas partes de posibles árbitros o árbitros predeterminados para casos y temáticas específicas. De igual forma, la elección del árbitro se puede hacer en el momento de presentación del litigio ante el tribunal arbitral, buscando una elección de carácter consensual.
- Aumentar la capacidad de interpretación de las partes implementando sistemas de interpretación conjunta que sean vinculantes.
- Fortalecer el control de las partes sobre ciertos asuntos que traten temas de interés general (como la salud pública y la educación), mediante mecanismos de autocomposición de carácter prearbitral. Frente a este punto, resulta relevante exigir que se agoten todas las etapas de la justicia estatal como requisito previo para acceder al uso de la cláusula compromisoria, y crear un organismo a nivel estatal que identifique potenciales conflictos y plantee estrategias para evitar que los mismos escalen hasta permear el ámbito litigioso.
- Incluir una etapa al principio del proceso que permita depurar pretensiones y hechos que no estén sustentados en pruebas o que no tengan fundamento jurídico.

- Establecer mecanismos que reduzcan las cargas económicas de las partes.
- Evitar que haya dos jueces decidiendo sobre un mismo proceso, a través de una prohibición de litispendencia (UNCTAD, 2015: 148-149).
- Excluir expresamente de la cobertura de la cláusula compromisoria los casos de abuso del derecho en materia de inversiones como cuando se trate de *treaty shopping*, corrupción o desconocimiento de derechos laborales; e incluir el principio de “culpa contributiva y mitigación del daño”, de forma que los inversionistas no se beneficien de manera absoluta ante daños que estos contribuyeron a generar (Gill & Gupta, 2015: 91-184).

Por otro lado, es importante que dentro de la estrategia de negociación de acuerdos de inversión y de creación de mecanismos multilaterales sobre inversión extranjera, Colombia propenda por la creación de un sistema de apelaciones cuyas decisiones sean vinculantes lo que aseguraría un mayor nivel de consistencia en materia arbitral (UNCTAD, 2015: 150-151). Otra estrategia importante en la generación de un mejor sistema de resolución de disputas es la creación de comités que medien en la resolución de disputas entre inversionistas extranjeros y que dejen al margen de la cooperación interestatal de los Estados firmantes la resolución de disputas relativas a temas de carácter sensible como la prestación de servicios públicos y la protección de derechos humanos (Bernasconi & Dietrich, 2015).

Algunos de estos puntos implican reformas de carácter nacional, como es el caso de la creación de organismos que detecten posibles focos de conflicto y eviten que los mismos escalen a instancias litigiosas. De cara a esto, es importante mencionar que, si bien el sistema de inversión extranjera directa pretende tener incidencias a nivel global, existen ciertas iniciativas que deben gestarse desde el ámbito estatal como es el caso de la salvaguarda del derecho de regular y el énfasis en

facilitar la inversión y garantizar que aquella que ingrese al territorio sea armónica con los objetivos de desarrollo nacionales, lo cual será desarrollado en el segundo párrafo de la presente sección.

## §2. Algunos puntos de reforma de cara al Estado

Si bien el sistema de inversión extranjera directa busca tener incidencias globales, la dinámica regulatoria del mismo implica aspectos que deben partir de una iniciativa estatal. De cara a la inversión como factor del desarrollo, es importante afirmar que el valor positivo de la misma no tiene un carácter intrínseco, pudiendo resultar menor el beneficio al costo que implica la inversión para el Estado anfitrión. Por su parte, si bien un ambiente jurídico con garantías para el inversionista hace que el desarrollo de la actividad de este sea más seguro, en ocasiones no son estos asuntos los que resultan determinantes en la elección de un determinado territorio como destino para la inversión. En este sentido, resulta relevante hacer una aproximación más proactiva a la promoción de la inversión extranjera directa, cuyas incidencias no solo partan de un buen ambiente de negocios, sino de iniciativas que faciliten la realización de la inversión para estos agentes. En el mismo sentido, esta aproximación más proactiva debe tomar en consideración la búsqueda de una inversión extranjera que esté en armonía con el marco del desarrollo colombiano y que permita impulsar la materialización del mismo. Por su parte, es importante tomar en consideración que la necesidad de generar impulsos de reforma en materia de desarrollo implica la toma de ciertas decisiones que pueden afectar los intereses de ciertos particulares, entre estos los inversionistas extranjeros. Frente a esto, es necesario adicionar la importancia de conservar un margen regulatorio que permita atender crisis de diversos tipos especialmente frente a dificultades económicas, al igual que lograr la implementación de políticas que garanticen la sostenibilidad del

sistema. Estos puntos implican la promoción y facilitación de una inversión responsable y la salvaguarda del derecho estatal de regular.

### *I. La salvaguarda del derecho a regular*

La salvaguarda del derecho a regular surge de la necesidad de los Estados de actuar sin riesgos (como el de ser demandados) ante situaciones de contingencia que exigen proceder de manera rápida; o en casos donde después de un proceso de decisión política o de acuerdo con las normas de prevalencia del interés general, de políticas económicas y de protección de los derechos humanos, económicos y sociales, se determine un margen de acción en contra de los intereses de un inversionista extranjero, para lo cual se requieren medidas que aclaren el alcance de las cláusulas de inversión, y la inclusión de garantías frente al margen de regulación estatal (UNCTAD; 2015: 135), tomando en consideración que los Estados no solo deben atender compromisos en materia de inversión, sino que deben respetar otro tipo de obligaciones como la salvaguarda de los derechos humanos (Bardy, 2016: 259).

La prerrogativa a regular debe aplicar tanto en garantías de políticas públicas como en las excepciones de orden público, donde resulta importante que se determinen los casos en los cuales debe haber un nivel de prevalencia del interés general frente al del inversionista extranjero. El desconocimiento de esto se ha visto reflejado en diversas cláusulas como la prohibición de expropiar sin una compensación justa la cual ha sido un obstáculo para la formulación de políticas, en especial de aquellas que establecen programas de responsabilidad social empresarial, o las normativas nacionales que establecen y regulan el carácter de interés público de la propiedad, y la función social de la misma, pues, si bien no ha sido el caso colombiano, la práctica arbitral ha mostrado que estas medidas tienen un alto potencial de ser consideradas como una expropiación

indirecta. En este mismo sentido, la obligación del tratamiento justo y equitativo ha sido usada como una herramienta de los inversionistas extranjeros para alegar cualquier situación desfavorable a la inversión, bajo el argumento de ser una medida injusta o arbitraria, lo cual ha resultado controversial frente a políticas que pretenden proteger el interés general. De igual forma, existe un alto riesgo que en el ámbito litigioso se utilice la cláusula de la nación más favorecida para buscar la aplicación de disposiciones procedurales o sustanciales establecidas en otros acuerdos de inversión como el uso de términos arbitrales diferentes a los que establece la cláusula compromisoria de la cual está haciendo uso el inversionista extranjero (UNCTAD; 2015: 136-140).

Frente a estas problemáticas es importante la inclusión de cláusulas que otorguen un mayor margen de regulación estatal en sectores sensibles como la salud pública, la seguridad nacional o la propiedad sobre el patrimonio artístico (UNCTAD, 2015: 140-141), y hacer uso de la teoría de la argumentación y sus desarrollos frente a la interpretación y aplicación de los principios (tanto de aquellos de los acuerdos, como los de carácter internacional y estatal) para la consecución de este fin, al igual que de la experiencia estatal frente a los casos en que deben primar los intereses particulares y la afinación del alcance de los derechos humanos, frente a lo cual la práctica jurisprudencial en materia constitucional puede ser de utilidad.

En este mismo sentido, es importante la creación de un marco que regule el alcance de las cláusulas de protección al inversionista extranjero buscando que las mismas sean coherentes con la costumbre internacional, o estén establecidas en una lista taxativa que determine el marco de acción estatal frente al tratamiento justo o equitativo, o la prohibición de expropiar, al igual que la predictibilidad en el ámbito arbitral de las inversiones. De igual forma, es necesario incluir criterios

de análisis fáctico del impacto económico de las acciones gubernamentales, del alcance de intervención de estas en las expectativas legítimas del inversionista, del nivel de desproporción o discriminación, y de la producción de un efecto económico directo en el Estado, con la finalidad de determinar si la medida es arbitraria o expropiatoria u obedece a disposiciones que impulsan la función social de la propiedad, o la promoción y garantía del interés general. Frente a este punto, si bien su desarrollo en el ámbito del derecho de las inversiones se ha dado en materia de expropiación indirecta, el acercamiento cognitivo del mismo puede resultar de utilidad dentro del análisis del tratamiento justo y equitativo. Por otro lado, es importante lograr determinar el margen de alcance de la cláusula de la nación más favorecida frente al uso de mecanismos procedurales y sustanciales contenidos en otros acuerdos de inversión, que asegure un nivel mayor de predictibilidad en cuanto al margen de acción normativa y litigiosa, de forma que únicamente abarque las disposiciones de tratamiento con alcance general, más no decisiones de carácter particular, y excluya sectores económicos o actividades que tengan un carácter sensible y requieran de un aproximamiento casuístico frente a los operadores de la misma, bajo un criterio de inversionistas en igualdad de circunstancias (UNCTAD, 2015: 136-140).

La inclusión de estas medidas se puede potenciar a través de los siguientes puntos de reforma:

- Asignarle al preámbulo de los acuerdos un mayor valor, pues este puede determinar un marco guía sobre los propósitos y el alcance de los acuerdos de inversión. De esta forma, es importante tener en cuenta la inclusión de elementos como la protección del interés general o el otorgamiento de facultades al Estado bajo ciertos parámetros definidos dentro del mismo preámbulo.

- Afinar el alcance del tratado, tomando en consideración la posibilidad de excluir áreas con un impacto delicado frente la protección del interés general, como es el caso de la salud, la educación, y los servicios públicos esenciales.
- Hacer más exigentes los requisitos para acceder a las prerrogativas de protección al inversionista extranjero, incluyendo requisitos como la presencia y la promoción de un desarrollo sostenible, o la exclusión de ciertas actividades de inversión que no entren dentro del margen de protección, como las inversiones en portafolios de inversión, o en bonos de deuda estatal.
- Definir los tipos de inversionistas protegidos por los acuerdos, buscando excluir prácticas como el *treaty shopping*.
- Hacer una salvedad frente a la obligación del tratamiento nacional, en los casos donde hay presencia de grupos vulnerables. En este punto, es importante que se incluyan parámetros donde se tengan en cuenta las condiciones de los agentes, buscando que los beneficios sean otorgados en igualdad de condiciones, pero frente a circunstancias similares, donde se excluyan algunos sectores o factores como el emprendimiento.
- Pactar remedios y compensaciones dentro de los acuerdos, buscando que la imposición de sanciones dentro del juicio arbitral obedezca y esté sometida a un principio de legalidad, de forma que la sanción sea previsible y se excluya la imposición de castigos *ad-hoc*.
- Pactar excepciones a la obligación de libre transferencia de fondos en situaciones de crisis o emergencia, e incluir una cláusula que determine el alcance de la medida, la excluya en ciertas situaciones, o la someta al cumplimiento de ciertas condiciones (UNCTAD; 2015: 142-145).

## *II. La promoción y facilitación de una inversión responsable*

Este punto tiene una importancia relevante en la consecución de los objetivos de desarrollo, pues a través del mismo se puede lograr atraer una inversión extranjera que contribuya al papel que se le asigne a la misma dentro del marco del desarrollo. En este sentido, es importante hacer un enfoque proactivo en materia de promoción de la inversión a través de estrategias que vayan más allá de la creación de un sistema dotado de garantías para esta actividad, buscando atraer una inversión extranjera “de calidad” (UNCTAD; 2015: 155). En ocasiones, la inversión extranjera puede tener efectos nocivos en materia de desarrollo, pues a pesar de existir un ánimo de incorporación a largo plazo en el territorio, la misma puede resultar inestable, lo cual se ve reforzado por la garantía de flujos de capitales, que permite al inversionista extraer sus bienes del territorio extranjero si así lo desea. De igual forma, esta actividad también se ha enfrentado a polémicas en relación con el estímulo de la corrupción en las autoridades estatales, y la generación de efectos nocivos para el medio ambiente y en materia de derechos laborales (Cristobal, 2015). Esta afirmación es importante, pues la inversión extranjera no tiene un valor positivo intrínseco; en ocasiones, los daños consecuencia de un mal inversionista pueden resultar más costosos a largo plazo que la ausencia de inversión.

Es importante afirmar que el capital necesario para que Colombia logre un nivel de desarrollo similar al del promedio de los Estados de la OCDE es de alrededor de 20 billones de pesos anuales (Tassara, 2015b: 96; 99). Teniendo en cuenta que la inversión es una herramienta eficiente para la consecución de este capital, resulta necesario abordar la promoción y facilitación de esta actividad como una estrategia de fomento de la misma con la finalidad de atraer un mayor flujo de capitales al país. Frente a este punto, la atracción de una inversión de calidad es esencial para asegurar que

la misma propicie un desarrollo sostenible (UNCTAD, 2015: 156). De cara a esto, algunos de los efectos nocivos de la inversión pueden ser evitados en el ámbito del régimen de inversión extranjera por medio de la introducción de cláusulas como la excepción de corrupción o la denegación de beneficios, de forma que se impida el acceso a los mecanismos de protección de la inversión extranjera cuando el inversionista ha estado involucrado en acciones corruptas, o sus actividades han tenido un efecto nocivo para el medio ambiente o en materia de derechos humanos. Si bien estos mecanismos se han incluido en diversas cláusulas, la exigencia probatoria en cuanto a su implementación es muy alta, lo cual no es coherente con un ámbito litigioso donde la toma la decisión se caracteriza por ser expedita, lo que imposibilita probar el efecto nocivo. Para evitar esto, es importante que se incluyan en las cláusulas de los acuerdos bilaterales de inversión futuros, nociones anticorrupción y de buenas prácticas empresariales y que dentro de los mismos procesos se permita una etapa probatoria más amplia que permita alargar los términos de práctica de pruebas e investigación en asuntos que tengan un alcance de interés general (Fach, 2015; Cristobal, 2015).

Por otro lado, es necesario generar incentivos para atraer la inversión extranjera a través de la simplificación de los procesos de acceso de los inversionistas, y en el diseño de una plataforma de información amigable para la inversión, este mecanismo de facilitación, no solo brindaría la sensación de un sistema ordenado, sino que facilitaría la toma de decisión al momento de elegir a Colombia como un destino para hacer la inversión. Este mecanismo podría incluir asistencia técnica en asuntos legales, para lo cual podría ser de gran utilidad la canalización de Procolombia como agente de promoción de la inversión en materia nacional. Otro factor de promoción y facilitación que puede resultar efectivo es la inclusión de apoyos financieros para la inversión, que reduzcan el riesgo de la misma, de igual forma, y con la finalidad de atraer una inversión de calidad se deben crear incentivos que incluyan criterios de creación de empleo y potenciación de las

capacidades humanas, transferencia de tecnología y conocimiento, y beneficios ambientales para las comunidades (UNCTAD, 2015: 156-157).

En este punto, el interés de hacer un acercamiento proactivo para atraer inversión extranjera se relaciona de manera especial con la garantía de una inversión responsable, la cual consiste en maximizar los beneficios que pueden otorgar los inversionistas extranjeros y evitar los efectos nocivos que puede tener los mismos en el Estado anfitrión, al igual que asegurar el cumplimiento de las normas estatales y lograr que los inversionistas cumplan además con las expectativas que la sociedad tiene de ellos. Para esto, es necesario partir del imperativo de no reducir las exigencias contenidas en la cláusula de estándares, garantizando que los inversionistas cumplan con los requisitos mínimos frente a la protección de los derechos humanos, el medio ambiente, y los estándares de responsabilidad social. Lo cual se puede lograr reafirmando los compromisos frente a estas finalidades en los preámbulos de los acuerdos, o estableciendo una cláusula de no desmejoramiento de los estándares exigidos, e incluir mecanismos de seguimiento a estas exigencias (UNCTAD, 2015: 157-160).

De igual forma, el éxito de esta orientación depende de qué mecanismos de responsabilidad social empresarial sean puestos en práctica y el efectivo cumplimiento por parte de los inversionistas de los mismos (Bardy, 2016: 252). Para esto, resulta importante la formulación de políticas que apunten a la obligación de establecer programas de responsabilidad social empresarial, o el imperativo de los inversionistas de atender las normativas domésticas que establezcan y regulen el carácter de interés público de la propiedad, y la función social de la misma; si bien esta medida ha enfrentado una serie de cuestionamientos al momento de su calificación en el ámbito arbitral, pues en ocasiones estas medidas han sido consideradas como medidas de expropiación indirecta

sin serlo, es importante referirse a lo dicho en relación con la salvaguarda de la prerrogativa de regular para asegurar que la inversión extranjera cumpla un papel relevante en materia de desarrollo sostenible (UNCTAD, 2015: 137-139). Otra opción frente a este punto consiste en adherirse y promover la adhesión de agentes privados a instrumentos o declaraciones que a manera de *soft law*, como el Pacto Global, incentiven el respeto y promoción de las capacidades humanas por parte de los inversionistas extranjeros (García & Varón, 2015), de igual forma, es importante que la promoción de la inversión extranjera se enfoque en sectores relacionado con los Objetivos de Desarrollo Sostenible, donde debe existir un rango amplio de transparencia de forma que el inversionista tenga claro que la calidad de algunos sectores a pesar de ser prestado por particulares pueden tener nociones de interés público que limitan el margen de libertad privada (Guzmán & Peláez, 2015).

Otro punto relevante para estrategias futuras es la celebración de acuerdos de cooperación y facilitación de las inversiones, donde por medio de la constitución de un comité conjunto entre los Estados firmantes se monitoree el cumplimiento de los objetivos que se busquen con estos acuerdos, y se promueva la cooperación interestatal en materia de promoción de la inversión para incentivar el acceso de inversionistas que optimicen la consecución de los objetivos de cada Estado. Es importante mencionar que estos instrumentos, normalmente incluyen como elemento central la promoción del desarrollo con estándares de conducta para la inversión que protejan y potencien la protección del medio ambiente, los derechos humanos y la tecnificación de las comunidades, por lo que la reorientación en materia de negociación de acuerdos bilaterales a este tipo de instrumentos podría resultar de utilidad en asegurar un mayor desarrollo (Bernasconi & Dietrich, 2015).

Por último, dentro de la aproximación a la inversión extranjera, es importante buscar que la misma contribuya a la implementación de los acuerdos de paz existentes en la actualidad y a implementar en un futuro, y que estos sean un elemento de promoción de la inversión. Frente a este punto, el Estado debe ser cuidadoso al intentar atraer inversión extranjera que en un futuro vaya a obstaculizar su derecho a regular, especialmente por el hecho que los inversionistas que ingresan a un territorio que recién termina un conflicto armado, tienen una percepción de desconfianza de cara a los gobiernos locales. De cara a este panorama y con la finalidad de maximizar el beneficio de la inversión extranjera, se debe intentar atraer inversión que sea favorable para su proyecto de desarrollo en función del posconflicto, al igual que hacer un ejercicio de transparencia que le permita al inversionista extranjero conocer el panorama especial por el que se encuentra pasando el Estado colombiano (Moloo & Kachaturian, 2009: 341-342).

En este sentido, es importante crear un ambiente favorable para los negocios a través de la creación de oportunidades de negocio en las regiones donde más informalidad existe por causa del conflicto armado. Estos territorios, tienen diversas oportunidades de inversión como la explotación de los recursos a los cuales antes no era posible acceder, y la implementación de proyectos de infraestructura para la reconstrucción y mejoramiento de estos. Para esto, es necesario que el sistema jurídico sea transparente de forma que hayan “normas sobre negocios adecuadas, cumplimiento del ordenamiento jurídico, cortes y jueces independientes”, y derechos de propiedad claros, a lo que se suma la importancia de tener seguridad física a través de la reducción del riesgo de que el conflicto armado vuelva a escalar, para lo cual se requiere que el gobierno muestre una clara intención de cortar las raíces que dieron origen al conflicto, lo que hace que la materialización de los acuerdos de paz cobre relevancia. Otro elemento importante para asegurar un efecto beneficioso de la inversión, es eliminar focos de corrupción lo cual aumenta la transparencia del

sistema, en este punto es importante que el compromiso colombiano se refleje en la adhesión a instrumentos internacionales anticorrupción y la creación de legislación de este tipo en concordancia con estos instrumentos (Moloo & Kachaturian, 2009: 342; 348; 350; 351).

\*\*\*

Las dinámicas del sistema internacional de inversión extranjera directa en cuanto a su formulación (a través de acuerdos bilaterales) y sus fundamentos, han sido objeto de cuestionamientos de cara a su legitimidad en un mundo cuya aproximación al desarrollo cuestiona las políticas económicas que se planteaban en el momento en que se dio la consolidación de este sistema. Las tendencias actuales en materia de desarrollo han favorecido un mayor rol de los gobiernos en la economía, a la vez que han generado la exigencia a los inversionistas extranjeros no solo de cumplir con el marco jurídico del Estado anfitrión, sino también de contribuir a los objetivos de desarrollo de los territorios en los cuales se está haciendo el desarrollo de su actividad económica (UNCTAD, 2015: 120, 125-128).

Estas aproximaciones que parten del enfoque de las capacidades humanas, actualmente se concretan en los Objetivos de Desarrollo Sostenible, que fueron reconocidos por Colombia en su Plan Nacional de Desarrollo del periodo presidencial en curso. Frente a esto, si bien es importante reconocer que las mismas tienen gran incidencia en cuanto al discurso que usa este documento, existen otros aspectos que el mismo reconoce que juegan un papel más preponderante en la definición de la agenda del desarrollo colombiano, y que a su vez presentan una incidencia mayor en los factores estructurales del Plan de Desarrollo. Estos aspectos son los lineamientos para el acceso de Colombia a la OCDE, y la implementación de los acuerdos de paz con las FARC al igual que la búsqueda de otros acuerdos con algunos grupos al margen de la ley. Este escenario de

desarrollo, no solo implica un compromiso mayor por parte del Estado para su implementación, sino que requiere que el gobierno cumpla con unos estándares temporales que implican para el mismo una gran cantidad de capital político y económico. Esta necesidad, no solo hace importante contar con un compromiso serio para la implementación de este marco de desarrollo, sino de apuntar a otros marcos de regulación que requieren ser armonizados a estos impulsos de reforma.

Uno de estos escenarios es el sistema internacional de inversión extranjera directa, que, al ser regulado a través de instrumentos internacionales, requiere tanto de iniciativas de cara a la comunidad internacional, como al Estado. En cuanto a las iniciativas de cara a la comunidad internacional, es importante propender por lograr un sistema con mayor cohesión, que responda a la crisis de insularidad que este sufre en la actualidad. En este sentido, si bien no solo depende de Colombia, se hace necesario partir de una iniciativa que busque uniformizar el alcance y contenido de las cláusulas de protección al inversionista extranjero, para generar mayor seguridad jurídica para las partes de este sistema. Sin embargo, esta reforma sería inicua si no se busca generar un criterio más uniforme en materia de decisión arbitral, pues al ser el mecanismo de resolución de disputas en materia de inversión por excelencia, es necesario que el mismo cuente con un órgano de cierre que permita la constitución de un precedente en materia de aplicación del sistema, y en este sentido, permita generar lineamientos en cuanto a la aplicación de las cláusulas que regulan la inversión extranjera directa. De igual forma, este sistema también debe ser transparente, de manera que las decisiones sean públicas, y generen una mayor fuerza en cuanto el precedente que puedan llegar a constituir.

Otro elemento importante frente al cual el Estado cuenta con mayor margen de control, es la salvaguarda del derecho a regular y el cambio de aproximación en cuanto a la promoción de la

inversión. En este sentido, como se ha mencionado a lo largo del texto, el Estado Colombiano enfrenta un desafío frente a la implementación de su desarrollo que requiere de grandes esfuerzos a nivel político y económico para su implementación. Esto hace necesario no solo crear un marco jurídico para la implementación del mismo, sino armonizar otros sistemas que puedan llegar a obstaculizar la construcción de este desarrollo. En este sentido, la búsqueda de la salvaguarda del derecho a regular, implica que el Estado colombiano busque un margen legal en materia de asuntos importantes de carácter económico y social. Por su rol en la atracción de capital, no solo resulta importante atraer inversión extranjera, sino que es necesario buscar que la que llegue pueda contribuir a este escenario de desarrollo a implementar, esto implica crear una cláusula de estándares con condiciones más exigentes para los inversionistas extranjeros, al igual que la creación de mecanismos que no solo generen garantías jurídicas para la inversión, sino que faciliten el acceso de la misma al territorio, de forma que el ejercicio de esta actividad sea más sencillo.

## Conclusiones

El desarrollo del sistema internacional de inversión extranjera directa tuvo sus bases en teorías económicas y sociales cuyas aproximaciones al desarrollo, se fundaban en la implementación de libertades de mercado (Lee, 2009:144). De cara a este escenario, el sistema de regulación de la inversión extranjera se fundó en torno a la protección del inversionista, bajo la premisa de que el riesgo de un ejercicio arbitrario de la soberanía estatal, por parte del Estado anfitrión podía generar sobrecostos en la inversión o incluso la pérdida de la misma (Nota, 1994:1995-1996). En este sentido, se formularon medidas como el tratamiento justo y equitativo, el principio de no discriminación y la prohibición de una expropiación sin una compensación pronta, adecuada y efectiva, las cuales comenzaron a quedar consignadas en instrumentos bilaterales de inversión. Sin embargo, el elemento determinante para la eficacia de estas disposiciones fue la inclusión de cláusulas compromisorias, lo cual permitió que, a pesar de ser un sistema con una orientación regulatoria fragmentada, fuera uno de los mecanismos frente a los cuales los Estados cedían mayor porción de su soberanía a terceros independientes a estos, cuyas decisiones tienen el potencial de afectarlos.

La estructuración de este sistema fue posible, pues a través de la inversión extranjera se logran canalizar grandes cantidades de recursos para la consecución del desarrollo económico y se generan “oportunidades de empleo para la población local, y [...] otros recursos económicos esenciales, como capital, tecnología, información, experticia administrativa, y redes de ventas y mercadeo” (Lee, 2009: 144-145; Alvarez, 2011: 17-18). De igual forma, esto obedeció a una tendencia de globalización consistente en la liberalización de mercados, y una concepción de desarrollo, donde el Estado debía incidir poco en asuntos económicos. A pesar de esto, producto

de una aproximación al desarrollo que puso en duda muchos aspectos de la política de liberalización de mercados y que toma en consideración entornos de libertad más diversos, el sistema de inversión extranjera fue y está siendo objeto de un periodo de reflexión que se ha traducido en algunas iniciativas de reorientación que buscan una mayor armonía con estas concepciones de desarrollo (UNCTAD, 2015:124).

Estas tendencias de desarrollo, que actualmente se concretaron en los Objetivos de Desarrollo Sostenible, y cuyo fundamento parte del enfoque de las capacidades humanas, fueron incluidas como un punto importante del desarrollo en Colombia en el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 (PND, 2015: 653-704). De cara a este documento, es importante mencionar que la incidencia de estos objetivos parece no tener la posibilidad de verse materializada en el futuro próximo, de cara a otros elementos como los lineamientos para el ingreso a la OCDE, y los acuerdos de paz con las FARC, que tienen una fuerza de incidencia en el desarrollo colombiano mayor, por su necesidad de verse materializados en un corto plazo, al igual que por tener una aproximación más técnica, en el caso de los lineamientos de la OCDE, o un abanderamiento político más importante, como sucede con los acuerdos de paz.

Este marco de desarrollo, hace necesario que diversos sistemas estén en mayor armonía con el marco jurídico para su implementación, dentro de los cuales está incluida la aproximación nacional en materia de regulación de la inversión extranjera. De cara a esto, es importante mencionar que no basta con buscar que la inversión extranjera atraiga ciertos recursos económicos, sino que debe ser un entorno de desarrollo social que propicie el desarrollo humano, siendo necesario adoptar una serie de reformas al sistema que aseguren esta finalidad y permitan un mayor margen de regulación del Estado colombiano en el ámbito de la inversión extranjera, especialmente frente a

la intervención en las fallas de mercado, y la mitigación y prevención de daños ambientales y humanos, al igual que en la canalización de los recursos que brinda la inversión para la optimización del desarrollo, pues al ser la misma un elemento importante en la consecución de este, se debe hacer un uso más eficiente de este capital para dirigirlo a esta finalidad.

En este sentido, frente a la búsqueda del presente escrito de analizar el sistema internacional de inversión extranjera directa de cara al marco del desarrollo colombiano, es importante afirmar que si bien es posible que ambos sistemas sean compatibles y complementarios en la construcción de un desarrollo más sostenible, para que esto suceda, es necesario contar con una serie de compromisos con alcances internacionales y nacionales dentro del sistema de inversión extranjera directa que involucren a todas las partes del mismo, especialmente a los Estados, los árbitros y los inversionistas extranjeros. Esto se debe traducir en ciertos impulsos de reforma de cara a la comunidad internacional y al Estado; en relación con los alcances de reforma internacional es necesario buscar una mayor consistencia del sistema tanto a nivel sustancial como procedural, especialmente frente a la uniformidad de las decisiones arbitrales, y el alcance de las cláusulas de protección al inversionista extranjero. Por su parte, frente a las reformas de cara al Estado, es importante crear un mayor margen de capacidad regulatoria, limitando el alcance de las garantías que poseen los inversionistas extranjeros, donde resulta relevante hacer un mayor enfoque en facilitar la inversión, y buscar que la que se atraiga permita maximizar la consecución de los objetivos de desarrollo en Colombia.

Si bien el sistema de inversión extranjera requiere una serie de reformas para lograr una mayor armonía con el marco del desarrollo de Colombia, es importante mencionar que, para que la maximización de los beneficios de la inversión se lleve a cabo, es necesario una mejora del sistema

educativo y de capacitación del capital humano para que las personas que habitan en Colombia puedan incrementar sus competencias profesionales con las oportunidades que ofrecen los inversionistas extranjeros y puedan aspirar a trabajos con salarios más altos (Bardy, 2016: 260; 261). En este sentido, es necesario tener en cuenta que el desarrollo de políticas sociales y la tecnificación de las entidades públicas, son un paso que debe dar el país para lograr que se cree un mejor ambiente de negocios, se reduzcan los riesgos que tiene la inversión en relación con la vulneración de derechos humanos y la generación de daños ambientales, y que el capital que se consiga con la inversión extranjera se vincule efectivamente a la creación de desarrollo.

En este sentido, si bien la inversión extranjera juega un rol importante en la generación de desarrollo, también es importante que la intervención estatal tenga una incidencia mayor en este punto, frente a lo cual es necesario depender cada vez menos de ayudas internacionales, y destinar mayor ingreso a estos objetivos, como viene sucediendo desde hace algunos años (Tassara, 2015b). Por último, y para futuros desarrollos del presente ejercicio investigativo, resulta importante relacionar las propuestas en mención con indicadores económicos y sociales que permitan vincular la aptitud de las mismas para la consecución del desarrollo sostenible, buscando trascender de un escenario teórico meramente descriptivo como es el de un ejercicio monográfico a un marco investigativo que permita establecer la pertinencia de las propuestas planteadas frente a la implementación del marco del desarrollo colombiano.

## Bibliografía

Acconci, P. (2008). Most-Favoured Nation Treatment. En Muchlinsky, P., Ortino, F. & Schreuer, C. (Eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law* (pp. 363-406). Nueva York, Estados Unidos: Oxford University.

*Acuerdo de Cooperación Económica entre el Reino de Holanda y la República de Indonesia.* (7 de julio de 1968).

Aguilar M.I. & Botero, A. (2016). El derecho de las inversiones y su influencia en el desarrollo sostenible. *EAFIT Journal of International Law*, 7(1), pp.94-113.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (5 de diciembre de 1980). Resolución sobre prácticas comerciales restrictivas [RES/35/63].

Asamblea General de las Naciones Unidas. (25 de septiembre de 2015). Agenda 2030 [Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible] [Resolución A/RES/70/1].

Alvarez, J.E. (2011). *The Public International Law Regime: Governing International Investment*. La Haya, Holanda: Hague Academy of International Law.

Bardy, R. (2016). Can Foreign Direct Investment Contribute to Restoring Social Order. *University of St. Thomas Law Journal*, 12(2), pp. 249-270.

Bendell, J., Miller, A. & Wortmann, K. (2011). Public policies for scaling corporate responsibility standards: Expanding collaborative governance for sustainable development. *Sustainability Accounting, Management and Policy Journal*, 2(2), pp. 263-293.

Bernasconi, N. & Dietrich, M. (2015). Brazil's innovative approach to international investment law, *International Institute for Sustainable Development*. [en línea]. disponible en: <http://www.iisd.org/blog/brazils-innovative-approach-international-investment-law>, consultado el 1 de octubre de 2015.

Bishop, R.D, Crawford, J. & Reisman W.M. (2005). *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Comentary*. La Haya, Holanda: Kluwer Law International.

Bouzat, G. (1992). El principio de la autonomía personal en la teoría constitucional. *La autonomía personal*, pp.85-105, Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.

Concejo de Medellín. (17 de diciembre de 2014). POT Medellín [Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Medellín] [Acuerdo 48 de 2014].

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo. *Carta de la Habana para una Organización Internacional del Comercio*, [Resolución E/Conf. 2/78]. (24 de marzo 1948).

Conferencias de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo. (12 de agosto de 1992). Declaración de Río [Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo] [ACON F. 151/26/Rev. 1 (Vol. I), annex].

Congreso de la República de Colombia. (9 de junio de 2015). Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018: Todos por un nuevo país. [Ley 1753 de 2015]. DO: 49.538.

Corte Internacional de Justicia. (5 de febrero de 1970). Caso Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd. (Bélgica c. España).

Cristobal, D.F. (junio de 2015). *La otra cara de la moneda: exigiendo obligaciones a los inversionistas extranjeros a través de la denegación de beneficios*. En Tole J. (Moderador), trabajo presentado en el Segundo Congreso de la Red Colombiana de Derecho Internacional, Medellín, Colombia.

Dinero. (31 de marzo de 2016). *El club de la pelea: ola de demandas contra Colombia*. Recuperado de <http://www.dinero.com/edicion-impresa/caratula/articulo/la-polemica-fronteriza-con-nicaragua-y-otras-demandas-que-colombia-enfrenta/221885>

Fach, K. (junio de 2015). *El arbitraje internacional de las inversiones como acicate en la lucha contra la corrupción*. En Tole J. (Moderador), trabajo presentado en el Segundo Congreso de la Red Colombiana de Derecho Internacional, Medellín, Colombia.

FMI [*Fondo Monetario Internacional*]. (2009). *Manual de balanza de pagos y posición de inversión internacional – Sexta Edición*. Washington D.C., Estados Unidos: División de servicios multimedia del FMI.

Gallego, G.M. (2005). Sobre el concepto y fundamento de la dignidad humana. En Velásquez, F. (Coord.), *Derecho penal liberal y dignidad humana*, (pp. 245-271), Bogotá, Colombia: Temis.

García, D.F.C. (2015). *La otra cara de la moneda: exigiendo obligaciones a los inversionistas extranjeros a través de la denegación de beneficios*. En Tole J. (Moderador), trabajo presentado en el Segundo Congreso de la Red Colombiana de Derecho Internacional, Medellín, Colombia.

García, M.J. & Varón, A. (2015). *La debida diligencia de las empresas y los derechos humanos: los Principios Ruggie y su aplicación en Colombia*. En Tole J. (Moderador), trabajo presentado en el Segundo Congreso de la Red Colombiana de Derecho Internacional, Medellín, Colombia.

Gill, J. & Gupta, R. (2015). The Principle of Contributory Fault after Yukos. *Dispute Resolution International*, 9, pp. 91-184.

Gobierno de Colombia & Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia. (24 de noviembre de 2016). Acuerdo de Paz [Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera].

Grierson – Weiler, T.J. & Laird, I.A. (2008). Standards of Treatment. En Muchlinsky, P., Ortino, F. & Schreuer, C. (Eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law* (pp. 363-406). Nueva York, Estados Unidos: Oxford University.

Guzman, A.T. (1997-1998). Why LDCs Sign Treaties that Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties, *Virginia Journal of International Law*, 38(4), pp. 639-688.

Guzman S.P. & Peláez, C.A. (2015). *El arbitraje internacional de inversiones y sus cuestionamientos frente al art. 11 del Pidesc: fraccionamiento y humanización del derecho económico internacional*. En Tole J. (Moderador), trabajo presentado en el Segundo Congreso de la Red Colombiana de Derecho Internacional, Medellín, Colombia.

Hart, H.L.A. (1961). *The Concept of Law*. 2ª Ed., Nueva York, Estados Unidos: Oxford University.

Kelley, G. (2001). Multilateral Investment Treaties: Balanced Approach to Multinational Corporations. *Columbia Journal of Transnational Law* 39(2), pp. 483-532.

Kleinheisterkamp, J. (2015). Investment Treaty Law and the Fear for Sovereignty: Transnational Challenges and Solutions. *The Modern Law Review*, 78(5), p.793-p.825.

Lee, Y.S. (2009). *Reclaiming Development in the World Trading System*. Nueva York, Estados Unidos: Cambridge University.

Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia. (2016). *Agenda 2030: lograr el desarrollo sostenible en un mundo diverso*. Bogotá, Colombia: Academia Diplomática Augusto Ramírez Ocampo.

Moloo, R. & Khachaturian, A. (2009). Foreign Investment in a Post-Conflict Environment. *Journal of World Investment & Trade*, 10(3), pp. 341-358.

Muchlinsky, P., Ortino, F. & Schreuer, C. (2008). Introduction. En Muchlinsky, P., Ortino, F. & Schreuer, C. (Eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law* (pp. 363-406). Nueva York, Estados Unidos: Oxford University.

Nanda, V.P. (2016). The Journey from the Millennium Development Goals to the Sustainable Development Goals. *Denver Journal of International Law and Policy*, 44(3), pp. 389-412.

Nota. (1994). Protection of Foreign Direct Investment in a New World Order: Vietnam. A Case Study. *Harvard Law Review*, 107(8), 1995 – 2012.

Nussbaum, M.C. (2011). *Creating Capabilities: The Human Development Approach*. Cambridge, Estados Unidos: Belknap.

OCDE [Organización para el Comercio y el Desarrollo Económico]. (2008). *OCDE Definición marco de inversión extranjera directa – Cuarta edición*. París, Francia: Secretaría General de la OCDE.

OCDE [*Organización para el Comercio y el Desarrollo Económico*]. (2015). *Estudios económicos de la OCDE – Colombia*. París, Francia: Secretaría General de la OCDE.

Olivet, C. & Eberhardt, P. (2013). La industria del arbitraje de las inversiones: el lucrativo negocio de la injusticia, [en línea]. *The Transnational Institute*, disponible en: <https://www.tni.org/en/node/12277>, consultado el 1 de octubre de 2015.

Presidencia de la República de Colombia. (18 de febrero de 2015). Decreto por el cual se crea la Comisión Interinstitucional de Alto Nivel para el alistamiento y la efectiva implementación de la Agenda de Desarrollo Post 2015 y sus Objetivos de Desarrollo Sostenible –ODS. [Decreto 280 de 2015].

Reinisch, A. (2008). Expropriation. En Muchlinsky, P., Ortino, F. & Schreuer, C. (Eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law* (pp. 363-406). Nueva York, Estados Unidos: Oxford University.

Reinisch, A. & Malintoppi, L. (2008). Method of Dispute Resolution. En Muchlinsky, P., Ortino, F. & Schreuer, C. (Eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law* (pp. 363-406). Nueva York, Estados Unidos: Oxford University.

Salatino, G. (2012). Overview of Umbrella Clauses. *Business Law International*, 13(1), pp. 51-62.

Saura, C. (2015). Análisis general de las técnicas de intervención del Estado en la economía. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (14), pp. 27-43.

Semana. (19 de diciembre de 2013). *La sanción que recibió Drummond*, en <http://www.semana.com/nacion/articulo/minambiente-sanciona-drummond-por-derrame-de-carbon-en-santa-marta/368899-3>.

Schlemmer, E.C. (2008). Investment, Investor, Nationality, and Shareholders. En Muchlinsky, P., Ortino, F. & Schreuer, C. (Eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law* (pp. 363-406). Nueva York, Estados Unidos: Oxford University.

Tamayo, R. (2015). How International Investment Agreements Can Better Contribute to Sustainable Development by Reflecting the U.N. Global Compact Principles. En Gonzalez, M.A. & Leonard, L. (eds.), *The UN Global Compact: Fair Competition and Environmental and Labour Justice in International Markets (Advances in Sustainability and Environmental Justice)*, 16, Emerald Group Publishing Limited, pp.145 – 157.

Tassara, C. (2015a). Pobreza y desigualdad en Colombia: análisis del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018. En Isaza, C. (Ed.), *Seguimiento y análisis de políticas públicas en Colombia, 2015*, Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Tassara, C. (2015b). La política exterior de Colombia, la OCDE y la revisión entre pares de las políticas públicas. *Revista Internacional de Cooperación y Desarrollo*, 2(2).

*Tratado entre la República Federal de Alemania y Pakistán para la Promoción y Protección de la Inversión.* (25 de noviembre de 1959).

*Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea [11957E].* (25 de marzo de 1957), Unión Europea [anteriormente: Comunidad Económica Europea].

UNCTAD [United Nations Conference on Trade and Development]. (2008). *World Investment Report 2008: Transnational Corporations and the Infrastructure Challenge*, Ginebra, Suiza: Naciones Unidas.

UNCTAD [United Nations Conference on Trade and Development]. (2015). World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance. Ginebra, Suiza: Naciones Unidas.

UNCTAD [United Nations Conference on Trade and Development]. (2016). World Investment Report 2016: Investor Nationality: Policy Challenges. Ginebra, Suiza: Naciones Unidas.

UNCTAD [United Nations Conference on Trade and Development]. (2017). International Investment Agreements Navigator. recuperado de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/MostRecentTreaties#iiaInnerMenu>, consultado el 16 de enero de 2017.