

EL DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL Y EL ICCAL FRENTE AL CONSTITUCIONALISMO ECONÓMICO LATINOAMERICANO. ¿FRAGMENTACIÓN O INTEGRACIÓN?

José Manuel ÁLVAREZ ZÁRATE*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Límites del ICCAL para encarar el diálogo de derechos*. III. *El constitucionalismo del derecho económico internacional*. IV. *Conclusiones*

I. INTRODUCCIÓN

En una conferencia¹ llevada a cabo en el Instituto Max Planck de Heidelberg, se planteó el reto de acercar los discursos de los postulados del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL) y de las instituciones del derecho económico internacional (DEI), para lo cual se pidió a quienes asistimos reflexionar sobre las posibilidades de diálogo entre las dos áreas.

El reto plantea elementos dispersos y de diferente naturaleza que pueden llenar varios volúmenes, dentro de los cuales tendríamos los vínculos y/o tensiones entre el derecho internacional y el derecho local, en particular con el derecho constitucional, así como los posibles vínculos y/o tensiones entre los derechos humanos y el área de comercio e inversión, que cubre

* Profesor de Derecho Económico Internacional y director de la Maestría en Derecho Económico Internacional, Universidad Externado de Colombia. Asesor y litigante en temas de comercio, inversión, propiedad intelectual, telecomunicaciones y minería para el sector privado y público, ante tribunales locales e internacionales.

¹ Este artículo es resultado de reflexiones propias sobre la discusión dada durante el Seminario Internacional “Del paradigma de la fragmentación al paradigma del diálogo: el *Ius Constitutionale Commune* en derechos humanos en América Latina (ICCAL) y el derecho económico internacional (DEI)”, llevado a cabo entre el 4 y 5 de diciembre de 2015 en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público en Heidelberg.

gran variedad de temas de naturaleza económica del DEI.² Dentro de sus propias disciplinas esta área también sufre, en algunos casos, los mismos problemas de fragmentación jurídica, que limitan la posibilidad de encontrar soluciones balanceadas a los problemas que se plantean.³

La conferencia y su convocatoria partieron de varias afirmaciones que aparecen implícitas. Que se trata de dos áreas del derecho diferentes, derechos humanos y derecho económico y que son dos comunidades epistémicas que no cuentan con lazos comunicantes y que no dialogan constructivamente a nivel internacional, debido al efecto de la fragmentación del derecho internacional.⁴ Se presenta entonces como una relación de tensión entre dos sistemas, el sistema legal de derechos humanos y el sistema económico-legal internacional, porque están separados, porque no dialogan y porque compiten entre ellos.

En la primera parte, mostraré que la visión básica del ICCAL, como ha sido desarrollado,⁵ no ha generado suficientes instrumentos legales para establecer un diálogo fluido⁶ en la dirección del DEI. En la segunda, daré cuenta de cómo el DEI ha generado algunos instrumentos legales para la comunicación, sin desconocer los problemas prácticos de reconocimiento de los derechos humanos dentro de las decisiones de árbitros y panelistas en este último sistema. En esta línea, el capítulo revisará algunos de los límites que impiden el diálogo, y mostrará los recursos previstos en las constituciones y el DEI que, en alguna medida, ya han empezado a comunicarse con los

² Cubre temas tales como la agricultura, los estándares de producción industrial, las políticas de desarrollo, la propiedad intelectual, las barreras al comercio, o los requisitos de desempeño, entre otros.

³ Los temas de propiedad intelectual y empaquetado, propios del sistema de la OMC, que se plantearon en los casos de violaciones de tratados de inversión *Philip Morris v. Australia* y *Philip Morris v. Uruguay* son un ejemplo claro de esa fragmentación al interior del mismo sistema de DEI.

⁴ Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*, Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, elaborado por Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006.

⁵ von Bogdandy, Armin, “Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 34, enero-junio de 2015, pp. 3-50.

⁶ Un diálogo fluido será aquel donde los extremos de la comunicación intercambian sus ideas continuamente en foros compartidos, no desde el ataque de sus propios refugios. Es decir, deben ir al debate abierto, donde además las partes pueden aceptar como razonable la posición del otro, aun si no están de acuerdo, sin avasallar al contrario desde posiciones de poder o imperativos morales que detengan en algún momento el diálogo. El diálogo debe continuar hasta que se den los acercamientos que permitan llegar a acuerdos.

intereses que protege el derecho internacional de los derechos humanos. Por último, *i*) concluiré con algunas reflexiones sobre los guiños de diálogo entre los derechos humanos y el DEI, y *ii*) sobre los peligros que encierra, para la democracia y el Estado de derecho en América Latina, seguir propuestas que veladamente invitan a desconocer la separación de los poderes y la representación política en las decisiones que afectan a la mayoría, si se alimenta la idea de alentar a los jueces internacionales para que tomen decisiones que no están previstas legalmente dentro de sus funciones.

Según el enfoque del ICCAL, el constitucionalismo transformador se ha nutrido de las “condiciones de vida inaceptables y apunta a la transformación de la realidad política y social de América Latina por medio del fortalecimiento concertado de la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos”.⁷ En esta visión, varias transformaciones que se han dado, vendrían desde el ámbito local e internacional gracias a la apertura hacia los tratados internacionales en las constituciones, en especial hacia la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), lo que ha permitido desarrollar un “constitucionalismo regional de los derechos con garantías supranacionales”,⁸ el cual podría servir para “superar la profunda exclusión social a la luz de la triada derechos humanos, democracia y Estado de derecho”.⁹

Sobre este enfoque del ICCAL, es importante incluir otros elementos del espectro económico-normativo local e internacional, que muestran que a la par con el avance en el reconocimiento de los derechos humanos a nivel constitucional, también se realizó una profunda transformación económica desde las constituciones, con el anclaje que se implementó de los derechos liberales pro mercado global en un espacio político donde se exalta el Estado social de derecho y la democracia.¹⁰ En efecto, los textos constitucionales de varios países latinoamericanos muestran que, desde lo local, ya se habrían

⁷ von Bogdandy, Armin, *op. cit.*, p. 3.

⁸ *Ibidem*, p. 4.

⁹ *Ibidem*, p. 5.

¹⁰ Véase, por ejemplo, el artículo 333 de la Constitución colombiana: “*La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.*”

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación” (énfasis añadido).

abierto los puentes de diálogo jurídico, o integración si se quiere, entre los postulados de la promoción de la democracia, el bienestar general, el Estado de derecho y los derechos humanos, por un lado, y la economía de mercado abierta que promueve la vertiente liberal del DEI, por el otro.¹¹ En ese espacio constitucional pro derechos humanos, democracia y Estado de derecho, dentro de una economía liberal, anclada mediante los acuerdos de comercio e inversión,¹² los jueces locales han producido decisiones que han intentado balancear los derechos pro-mercado y de la propiedad privada con los derechos humanos y el medio ambiente,¹³ lo cual demuestra que el diálogo entre las instituciones del libre mercado y los derechos humanos a nivel local no es fragmentado, como sí sucede en el derecho internacional, sino que al contrario, ese avance se ha podido dar desde los diseños constitucionales y las decisiones de las cortes. Se puede afirmar sin duda entonces, que el diálogo jurídico está vivo en la medida en que se siguen dando las discusiones dentro de las cortes locales, y que este diálogo ha ido evolucionando en lo político en la medida de las posibilidades económicas de cada país.

El problema de exclusión social en el enfoque del ICCAL¹⁴ se torna político entonces, no jurídico, porque la discusión sobre la asignación de los recursos económicos y el desarrollo de las políticas económicas para superar la desigualdad y la exclusión no pasa únicamente por las instituciones judiciales locales, y menos por el sistema interamericano de derechos humanos, sino que involucra la discusión política interna sobre el modelo de desarrollo que se requiere y su posterior discusión con las entidades multilaterales de crédito que deciden qué políticas públicas apoyan. Adicionalmente, esas discusiones deben tener en cuenta los límites que han impuesto los tratados de comercio multilaterales o regionales, como la OMC y los tratados de protección de las inversiones. Este tema supera el limitado diálogo constitucional regional en América Latina, y ha puesto el foco desde hace años en la discusión sobre la fragmentación del derecho internacional.

¹¹ Textos como el artículo 55 de la Constitución peruana dan cuenta de ello (“Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”).

¹² Véase artículo 63, inciso 1o., Constitución del Perú (“La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas”).

¹³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU 747 de 1998.

¹⁴ Véase von Bogdandy, Armin, *op. cit.*, p. 4 (“Los problemas comunes a los países latinoamericanos, tales como la exclusión de amplios sectores de la sociedad y la débil normatividad del derecho, son temas centrales de este enfoque”).

Una pregunta obligada es si esos puentes de diálogo que se han abierto entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos se pueden replicar con igual eficacia a nivel internacional,¹⁵ y no menos importante, si ese papel debe ser cumplido por los jueces internacionales¹⁶ mediante una decisión política de los Estados entregándoles más poder para que eviten la fragmentación, o más bien mediante procesos políticos transparentes en el marco de una discusión democrática internacional entre los Estados.¹⁷

Es importante recordar que el constitucionalismo regional descrito por el ICCAL¹⁸ se dio por los cambios políticos y económicos generados en las estructuras de poder, ocurridos entre los años ochenta y comienzos de los noventa. Se reformaron constituciones, y con ello modelos económicos en América Latina;¹⁹ se inició el proceso de desmonte de las políticas de sustitución de importaciones;²⁰ se adaptaron las instituciones económicas locales a los requerimientos del modelo económico global; se fortaleció el sistema de protección de la propiedad y se garantizó la libertad económica. Para algunos, este proceso marcó el comienzo del fin del Estado como suprema autoridad en el derecho internacional,²¹ y una transformación en la comprensión de la soberanía,²² donde la caída del muro de Berlín y el final de la Guerra Fría sirvieron para generar mayor convergencia de políticas

¹⁵ Véase el capítulo de Manuel Eduardo Góngora Mera en este mismo volumen.

¹⁶ Por jueces internacionales nos referimos en sentido general a jueces como los de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, panelistas nombrados en el ámbito de disputas comerciales o árbitros en disputas internacionales entre Estados e inversionistas.

¹⁷ Esta discusión debe identificar las posiciones de poder y estratégicas de algunos Estados que impiden la formación de decisiones democráticas, la superación de la exclusión social y el fortalecimiento de un Estado de derecho internacional.

¹⁸ von Bogdandy, Armin, *op. cit.*, p. 4.

¹⁹ Álvarez Zárate, José Manuel, “Constitucionalismo económico en Colombia”, en Delich, Valentina *et al.* (eds.), *20 años de la OMC: una perspectiva desde Latinoamérica*, Buenos Aires, FLACSO Sede Académica Argentina, Programa de Cátedras OMC, Universidad de Chile, 2016, p. 97 y ss.

²⁰ Los cambios constitucionales en la región coinciden durante ese periodo, y varias constituciones decidieron adoptar el mismo modelo económico e instituciones económicas de regulación y supervisión: Argentina en 1994, Bolivia en 1994, Brasil en 1993, Chile en 1991, 1994 y 1997, Colombia en 1991, Costa Rica en 1993 y 1994, Ecuador en 1993, 1996 y 1998, México en 1988 y 1994, Paraguay en 1992, Perú en 1993 y 1995, Uruguay en 1996 y Venezuela en 1989.

²¹ Dixon, Martin, *Textbook on International Law*, Londres, Blackstone, 1993, p. 17.

²² von Bogdandy, Armin, *op. cit.*, p. 26.

internacionales e ideologías jurídicas, así como un cambio en la estructura de prioridades para la sociedad internacional.²³

Los cambios constitucionales en derechos humanos y derechos de naturaleza económica sirvieron para anclar y legitimar, a nivel local, las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos y las decisiones derivadas de los acuerdos económicos,²⁴ que también tienen su expresión en varias de las constituciones de América Latina y gran impacto en los órdenes locales, con lo cual, en un sentido similar al proclamado por el ICCAL, se podría afirmar también que habría surgido un “*Ius Economicus Commune* en América Latina” (IECAL),²⁵ como palanca de transmisión constitucional necesaria para la implementación del nuevo modelo económico internacional, pro-competitivo, privatizador y globalizador, en este caso, incluso más efectivo en términos de resultados prácticos que el ICCAL.

Nos encontramos entonces frente a un ICCAL que no reconoce todo el bosque, esto es, las normas constitucionales que reconocen los derechos de naturaleza económica pro mercado.²⁶ Por lo tanto, para poder hablar de la existencia de un *Ius Constitutionale Commune*, un análisis comprensivo debería considerar todo el espectro del abanico constitucional e incluir el constitucionalismo económico liberal que promueve la protección de la propiedad, la privatización de empresas de servicios públicos, la libre competencia, el acceso a mercados, la internacionalización de la economía o los criterios de eficiencia, al mismo tiempo que promueve los derechos humanos. Una posición diferente a un análisis comprensivo de las constituciones es limitada y política, la cual merecería tramitarse mediante los mecanismos políticos y diplomáticos.

²³ Ryan, Christopher M., “Sovereignty, Intervention, and the Law: A Tenuous Relationship of Competing Principles”, *Millennium, Journal of International Studies*, vol. 26, núm. 1, 1997, p. 77.

²⁴ Derivadas de acuerdos regionales como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y la Comunidad Andina, entre otros; acuerdos globales, como la OMC, y bilaterales, como los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI).

²⁵ Este concepto solo se usa para denotar la importancia que las instituciones económicas pro-mercado, insertas en varias constituciones, tuvieron en toda la región. La inclusión de principios económicos liberales en las constituciones es lo que daría pie para señalar que también existiría un IECAL, con mayores efectos que el ICCAL, a pesar de que el libre mercado y la promoción de los derechos humanos es más un movimiento global que latinoamericano.

²⁶ Véase von Bogdandy, Armin, *op. cit.*, p. 26 (“Así pues, los representantes del ICCAL no abogan por una apertura general sino más bien por la salvaguarda específica de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho”).

Reconocer el impacto constitucional de las reglas que protegen la economía de mercado será el primer paso para abrir el diálogo entre el ICCAL y el DEI, que como ya señalé, ya se da al interior de las cartas constitucionales y está siendo abordado por los tribunales locales. El segundo paso lo han dado los países al incluir referencias legales sobre la promoción de los derechos humanos y la protección de la salud en el sistema comunitario andino, lo cual fue recogido por una corte de naturaleza económica, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en varias sentencias,²⁷ y las referencias al derecho de propiedad en la CADH, lo cual fue recogido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).²⁸ Esto demuestra que las cortes pueden poner a dialogar a los dos sistemas jurídicos —derechos humanos y economía liberal— y resolver los problemas de fragmentación, cuando cuentan con instrumentos jurídicos formales otorgados por los países.

II. LÍMITES DEL ICCAL PARA ENCARAR EL DIÁLOGO DE DERECHOS

El ICCAL se presenta como un fenómeno nuevo y transformador, nacido del empuje de las convenciones internacionales de derechos humanos y los textos constitucionales. Cuenta con un objetivo político, promover la igualdad

²⁷ Véase Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, proceso 03-AI-2006, donde niega el acceso a salas de juego por consideraciones a la salud; y el proceso 90-IP-2008, donde dicho Tribunal señaló que: “[m]ás allá de los fines meramente empresariales, de eficiencia y productividad, la normativa comunitaria en esta materia debe interpretarse siempre teniendo en cuenta los derechos de primer orden enunciados, ya que la libertad empresarial debe desarrollarse dentro del marco de los derechos humanos y los derechos fundamentales y, por lo tanto, no es un derecho absoluto que no tenga límites. Es por lo anterior, que todos los artículos que componen la Decisión 197 deben observarse a la luz de este principio en conjunción con el objetivo principal del desarrollo de la ganadería y la agroindustria en la región”. En la sentencia 60-IP-2012 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se dejó sentado que: “[e]l Tribunal advierte que la normativa comunitaria de propiedad industrial debe estar en concordancia y armonía con la protección de los derechos humanos, ya que éstos son el soporte de actuación de todos los operadores jurídicos subregionales. No se podría entender la norma comunitaria andina de propiedad intelectual de manera alejada de dicho amparo, máxime si la célula fundamental del proceso de integración es el propio habitante de la subregión (párr. 3 del artículo 1 del Acuerdo de Cartagena). Sobre este fundamento se expidió el artículo 3 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, cuya finalidad es lograr ponderar los derechos de propiedad industrial con los derechos de los pueblos y comunidades indígenas”.

²⁸ Corte IDH, *Caso Barbani Duarte y otros v. Uruguay*, Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia de 13 de octubre de 2011, Serie C Núm. 234.

e inclusión,²⁹ a la luz de la triada derechos humanos, democracia y Estado de derecho. Su agenda transformadora se inspira en que “un gran número de personas no son tomadas en cuenta por las instituciones” y merecen su “inclusión conforme a los principios constitucionales”,³⁰ con el apoyo de las sentencias judiciales sobre derechos fundamentales y humanos, las que dotan al ICCAL con una energía de carácter jurídico.

Afirma el ICCAL que hay una “apertura de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos hacia un estrato común de derecho público, sobre todo hacia la Convención Americana”, donde “tal apertura afecta y transforma la esencia del constitucionalismo” y donde “los derechos constitucionales estatales y el derecho internacional público se encuentran en una relación de fortalecimiento mutuo”. Sostiene que “[e]sta apertura es entonces expresión de un desarrollo común, que además confiere a los ordenamientos jurídicos estatales una orientación común”, que ha surgido como rechazo al constitucionalismo económico liberal.³¹

Un primer límite del ICCAL para encarar el diálogo con el DEI es su rechazo inicial al constitucionalismo liberal, cuando es este el que contiene el germen de la economía liberal que luego se plasma con mayor vigor en las reformas de las constituciones de fines de los años ochenta y comienzos de los noventa. De esta forma, las posibilidades del diálogo desde el ICCAL hacia el DEI se limitan, porque al señalar que “los representantes del ICCAL no abogan por una apertura general sino más bien por la salvaguarda específica de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho”³² cierra las puertas de este movimiento de constitucionalistas, a pesar de que la realidad muestra que varios textos constitucionales en América Latina ya cuentan con normas que reconocen ambos derechos.³³ No se puede pasar por alto que la reforma de las constituciones en América Latina se dio mediante diferentes procesos políticos, que en general llevaron

²⁹ Véase von Bogdandy, Armin, *op. cit.*, pp. 9 y 10. Véase también von Bogdandy, Armin *et al.*, *Ius Constitutionale Commune en América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism*, Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper núm. 2016-21, 2016, p. 2.

³⁰ von Bogdandy, Armin, *op. cit.*, pp. 8–10 (citas textuales en p. 10).

³¹ von Bogdandy, Armin, *op. cit.*, pp. 7, 10 y 11 (citas textuales en p. 11). Ese fortalecimiento es exclusivo en relación con los derechos humanos y fundamentales, por lo que se excluyen de partida otros derechos reconocidos en las constituciones, como el derecho internacional del medio ambiente, el comercio o la inversión, estos dos últimos de naturaleza liberal.

³² von Bogdandy, Armin, *op. cit.*, p. 26.

³³ Veinte años fueron suficientes para que el constitucionalismo transformador olvidara que la decisión de incluir en los textos constitucionales la apertura de sus ordenamientos a la internacionalización de los derechos humanos fue política, no producto de sentencias judiciales.

a abrir y ampliar los canales democráticos existentes hasta el momento, y en esa medida se dotó a la región de mejores instrumentos para avanzar en el respeto y reconocimiento de los derechos humanos. Hubo entonces una decisión política de incluir normas de derechos humanos en esas constituciones liberales, lo cual tuvo la virtud de anclarlas al derecho internacional, con todo lo que ello ha significado, como bien ha sido descrito por los seguidores del ICCAL. Pero, por otro lado, no se debe perder de vista que igual anclaje ocurrió con los principios de economía de mercado, los derechos de propiedad y del mercado global, que también adquirieron un peso constitucional propio, por cuanto al interior de los Estados en América Latina, han servido para legitimar la toma de importantes decisiones de política pública y desarrollo económico. Esos principios y sus efectos, podrían ser incorporados con mayor claridad por el ICCAL para promover el diálogo jurídico con las normas de naturaleza económica.³⁴

Además del problema de articulación epistemológica de los dos regímenes, la práctica internacional muestra que este problema es real, evidente, y difícil de solucionar. A pesar de algunos triunfos que reclaman los defensores de derechos humanos³⁵ y del medio ambiente,³⁶ aún hay incertidumbres sobre la forma en que se resolverán otros casos,³⁷ a pesar de que existen instrumentos interpretativos para vincular ambas áreas, como el artículo 42 del CIADI o el 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.

En segundo lugar, el ICCAL pone énfasis en la acción judicial de los tribunales locales y en el nuevo rol de los tribunales internacionales,³⁸ quienes

³⁴ Los principios pro-mercado, pro globalización económica y el respeto a la propiedad fueron reconocidos en el marco de un Estado social de derecho. El DEI es un derecho del mercado y de la protección de la propiedad. Véase Álvarez Zárate, José Manuel, “Constitucionalismo económico en...”, *cit.*, p. 109.

³⁵ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Uruguay* (Caso CIADI n° ARB/10/07); *Philip Morris Asia Limited v. Australia* (Caso UNCITRAL, CPA, Núm. 2012-12); *Ely Lilly and Company v. El Gobierno de Canadá* (Caso UNCITRAL, CIADI Núm. UNCT/14/2).

³⁶ *Pac Rim Cayman LLC v. La República del Salvador*, Caso CIADI n° ARB/09/12, laudo notificado de 14 de octubre de 2016; *Peter A. Allard v. The Government of Barbados*, Caso CPA 2012-06, laudo de 27 de junio 2016.

³⁷ *Renco Group Inc. v. Perú* (Caso CIADI/UNCT Núm. 13/1/); *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia* (Caso CIADI núm. ARB/16/41).

³⁸ En la mencionada Conferencia en Heidelberg el profesor von Bogdandy señaló que la Corte IDH cumple cinco funciones: 1) solución de diferencias; 2) estabilización de expectativas normativas; 3) creación de derecho para casos futuros; 4) función de control de instituciones internas y 5) constitucionalismo transformador. La razón de esas funciones es porque pueden ser razonados y pueden ser corregidos. Los tribunales internacionales deben

tendrían que actuar frente a la desigualdad.³⁹ De allí sigue la narrativa tradicional sobre lo que considera fue el enfoque tradicional de la soberanía en América Latina y la doctrina Calvo, resaltando que la soberanía hoy “ha sido modificada por la globalización...”.⁴⁰ Esta idea es inquietante, pues por esa línea, el consentimiento del Estado, que es una importante fuente de legitimidad para la acción de las cortes internacionales, ya no sería suficiente,⁴¹ por ello los jueces deben reclamar ese poder transformador. Ese empoderamiento a los jueces internacionales estaría justificado por los déficits sistémicos en los indicadores del Estado de derecho en América Latina, donde encuentra que la normatividad del derecho es precaria, el entramado estatal preocupantemente débil y existe una corrupción que corroe el Estado de derecho.⁴²

Algunas de estas ideas del ICCAL merecen ser aclaradas, pues llevan a interpretar que no reconoce la soberanía plena del Estado en los espacios de política pública que aún mantiene, donde esos espacios podrían ser tomados por los jueces internacionales, o por otros actores internacionales que le podrían imponer obligaciones internacionales no consentidas por el Estado. O también, que no reconoce que las cláusulas de apertura hacia el derecho internacional de los derechos humanos es solo una de las variables que han limitado la soberanía de los Estados, y que la forma en que se han negociado los tratados aún permite mantener espacios soberanos para resolver autónomamente algunas de sus preferencias políticas, sociales o

luchar por su autoridad, pues en su visión no es algo que se recibe, es algo por lo que se lucha, por lo que tienen que entrar en una lucha abierta con otras autoridades. Véase también von Bogdandy, Armin y Venzke, Ingo, *¿En nombre de quién? Una teoría del derecho público sobre la actividad judicial internacional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

³⁹ von Bogdandy, Armin, *op. cit.*, p. 26.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 25 y 26. La narrativa tradicional sobre la historia del derecho internacional pasa por alto que la apropiación del lenguaje del derecho internacional en América en el siglo XIX implicó también su uso para que se le reconociera a América Latina la soberanía plena, contra la postura Europea que consideraba que esta región aún era semi-civilizada y por lo tanto su soberanía no era plena, lo cual daba derecho a intervenciones.

⁴¹ Véase al respecto von Bogdandy, Armin y Venzke, Ingo, *op. cit.*

⁴² Entre los varios trabajos en que se apoya están los indicadores económicos de gobernanza del Banco Mundial y Estado de derecho del World Justice Project, y artículos como el de Neves, Marcelo, “La concepción del Estado de derecho y su vigencia en Suramérica”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (eds.), *¿Integración suramericana a través del derecho?*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 53 y ss.; García Villegas, Mauricio, “Ineficacia del derecho y cultura del incumplimiento de reglas en América Latina”, en Rodríguez Garavito, César (ed.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2011, pp. 161-184, entre otros von Bogdandy, Armin, *op. cit.*, pp. 21-22.

económicas. Uno de los argumentos que llama la atención, es que en su explicación sobre la disfuncionalidad institucional que no permite resolver problemas superados por algunos Estados de derecho económicamente desarrollados, recurre al modelo de los índices de medición de Estado de derecho que se toman para los negocios,⁴³ que muestran rankings donde por supuesto los países que más se acercan al Estado de derecho son más desarrollados económicamente.

Esas justificaciones políticas que sacan del Estado la creación de obligaciones internacionales no son triviales, por cuanto por el mismo camino se llegó a teorías ya superadas que limitaban o desconocían la soberanía de los Estados que no hacían parte del mundo civilizado,⁴⁴ y que ayudaron a justificar posteriores intervenciones europeas en su misión civilizadora.⁴⁵ Los Estados latinoamericanos están en su proceso de consolidación de la democracia y el Estado de derecho, y al mismo tiempo reclaman un espacio en la comunidad internacional para expresar sus intereses nacionales. Estos intereses se deben expresar a través de los mecanismos democráticos con los que cuentan los Estados, donde las interpretaciones de los jueces locales o internacionales, a pesar de los avances en la globalización, deben limitarse a las funciones a ellos asignadas y respetar los espacios soberanos que los Estados han guardado para sí. En otras palabras, por importante que sea el objeto de protección internacional, los jueces o árbitros no deben crear obligaciones internacionales para los Estados, porque no son soberanos.

La promoción, avance y respeto de los derechos humanos no tiene duda, es decir, no habría argumento político o moral para oponerse a ello. Pero dotar por vía de doctrina a los jueces internacionales del poder para crear obligaciones internacionales para los Estados miembros del sistema interamericano de derechos humanos rompe un fundamento básico de la convivencia internacional, el respeto por la soberanía. Y rechazaría con similares argumentos, que los árbitros de la red de acuerdos internacionales de inversión (AII), justifiquen la creación de derecho para los Estados, de lo cual ya dan cuenta varios trabajos,⁴⁶ con lo que se limita la capacidad de

⁴³ von Bogdandy, Armin, *op. cit.*, p. 21, nota al pie 92.

⁴⁴ Becker Lorca, Arnulf, "Universal International Law: Nineteenth-Century Histories of Imposition and Appropriation", *Harvard International Law Journal*, vol. 51, núm. 2, verano de 2010, p. 475 y ss.

⁴⁵ Anghie, Antony, *Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005; Barreto, José Manuel, *Human Rights From a Third World Perspective*, Newcastle upon Tyne, Cambridge Scholars Publishing, 2013.

⁴⁶ Según la descripción encontrada de la revisión de laudos en casos inversionista-Estado, los árbitros que están decidiendo casos en materia de inversión están creando derecho.

intervención (*policy space*) del Estado en temas de salud, ambientales o de derechos humanos, entre otros.

Si se acepta que la Constitución es la carta de navegación local e internacional que encarna el poder del Estado, se rompe el fundamento central del consentimiento, la soberanía. Los representantes de los Estados gastan mucho tiempo negociando los tratados palabra por palabra, para limitar su responsabilidad solo a los casos que ellos pactan. Un juez internacional, cuando se desborda en sus funciones, puede estar usurpando funciones del Estado que no le fueron concedidas. Más allá de la solución del caso, en la práctica se observa que hay un ejercicio del poder creado por los jueces internacionales, que entran a revisar la acción del Estado, creando y difundiendo estándares y estructuras ideales de administración pública según criterios que no fueron aceptados soberanamente por los Estados al momento de firmar el compromiso internacional.

Mientras no exista un Estado de derecho internacional, si no se aclara la función de resolver casos por parte de los jueces internacionales, se continuarán presentando los problemas de coherencia y predictibilidad de las decisiones de los árbitros de inversión y los jueces de derechos humanos. Más aún cuando quienes deciden los casos usan el recurso de acudir a la aplicación de principios que descansan sobre valores cambiantes, que no representan lo mismo para todas las culturas, y que dependen de la visión del operador que los aplique.⁴⁷ Las decisiones tomadas sobre valores dependen así del interprete, y como las doctrinas del derecho viajan hoy en día fácilmente, un caso fallado en derechos humanos que aplica un principio puede servir para acomodar dicho principio en otro caso, descontextualizar el asunto⁴⁸ y hacerlo ver funcional para todos los futuros casos. La experiencia con los jueces constitucionales al aplicar principios como el de proporcionalidad o la ponderación, debe servir de ejemplo de las consecuencias de seguir por el mismo camino en las decisiones de casos internacionales, pues aquellos han logrado dar una dimensión diferente a la norma que interpretan y ampliar

Véase el proyecto *Lex Mercatoria Publica*, financiado por el Consejo de Investigación de la Unión Europea. Véase también Schill, Stephan, *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

⁴⁷ Esto representaría una vuelta a la aplicación de un derecho natural en pleno siglo XXI. Este tipo de crítica es tan antigua que se encuentran antecedentes sobre los efectos de aplicar principios a diferentes pueblos y costumbres desde el siglo XVII. Véase Ward, Robert, *An Inquiry into the Foundation and History of the Law of Nations in Europe, from the time of the Greeks and Romans to the Age of Grotius*, Londres, Strahan and Woodfall, vol. I, 1795.

⁴⁸ *Occidental Petroleum Co. v. Ecuador*, Caso CIADI n° ARB/06/11, laudo de 5 de octubre de 2012.

su sentido, con lo cual se ha puesto en riesgo la función de predictibilidad de la norma.⁴⁹ Ese riesgo de ampliar la base de principios de naturaleza constitucional como el de proporcionalidad, no se puede asumir por los Estados a nivel internacional, puesto que es un regreso a la incertidumbre sobre cuáles son las normas internacionales aplicables.

Un tercer asunto es que, a pesar del gran peso que representa la gran masa de desposeídos de bienestar y derechos sociales y políticos a nivel mundial, que no tienen futuro incluso en Europa y Estados Unidos y que también tienen impacto en la exclusión y desigualdad, el ICCAL concentra sus esfuerzos en el avance de los derechos humanos, dejando fuera la discusión sobre modelos económicos y la provisión de necesidades. Estos temas sí son tratados por el DEI, y en él se ha dado alguna respuesta sobre los beneficios que trae lograr mayores niveles de desarrollo para cubrir necesidades. Al final, esta discusión puede ser más política que jurídica, lo cual confirmaría que el ámbito para avanzar en la provisión de derechos no es el de las cortes internacionales, sino el de una acción política internacional.

El ICCAL entonces no habría reconocido sino hasta ahora, que abrió la discusión para este libro, que las garantías constitucionales de naturaleza social y económica en América Latina dependen principalmente del nivel de desarrollo económico de cada país, que a su vez depende de otros factores que no han sido tomados en cuenta en las constituciones ni en los tratados internacionales.

Finalmente, una forma de integrar los dos sistemas es dotar de poder a los tribunales internacionales para que decidan las cuestiones de derechos humanos ligadas al comercio, la inversión y el medio ambiente. La experiencia muestra que cuando existen normas de conexión que vinculen los dos sistemas, los tribunales internacionales deciden.⁵⁰ El asunto está en el diseño de los mecanismos.

La desconfianza de los defensores de derechos humanos o del medio ambiente hacia una propuesta de entregar poderes de decisión sobre derechos humanos o medioambientales en el marco de los arbitrajes de inversión

⁴⁹ Para un estudio comprensivo sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en el derecho de las inversiones, véase Henckels, Caroline, *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration. Balancing Investment Protection and Regulatory Autonomy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

⁵⁰ Por ejemplo, en el caso anteriormente citado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 60-IP-2012, o el caso sobre el atún, en el marco del GATT, *México y otros países contra los Estados Unidos: "atún-delfines"*, cuyo informe fue distribuido por el grupo especial el 3 de septiembre de 1991. Los Estados Unidos y México llegaron a una solución extrajudicial. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/envir_s/edis04_s.htm.

o paneles comerciales, sería igual a la de los defensores del libre comercio y la inversión de entregar similares poderes a los jueces de derechos humanos. Pero no generar espacios legales en los tribunales para que se decidan de forma integrada sobre los derechos de uno y otro sistema y se generen los balances necesarios entre los diferentes derechos puede ser peor, pues al final, alguno de los dos sistemas legales puede verse más afectado con una decisión que tome en cuenta solo uno de ellos, como ocurre actualmente. Ello porque, ante la imposibilidad de defender o argumentar la aplicación de uno u otro sistema en un caso de arbitraje de inversión, comercial o en uno ante una corte de derechos humanos, la aplicación del derecho sobre los hechos del caso será limitada, ya que no se tomarán en consideración todos los intereses o derechos en su conjunto adecuadamente.

Adelantar discusiones académicas y políticas sobre propuestas que vayan en este sentido puede ser positivo. Impedirla de entrada es una decisión política que no permite la evolución argumentativa, el diálogo y la construcción de las cadenas de transmisión necesarias para integrar los diferentes sistemas legales internacionales. A través de la discusión fluida se podrían dar las propuestas que propugnen por promover el balance necesario del sistema en su conjunto y constituir un paso hacia el inicio de la articulación de un sistema jurídico internacional que hoy no tiene lugar por la fragmentación. Un punto vital que se debe adelantar dentro de la discusión, será la forma en la que se eligen los miembros de esos tribunales y la representación mundial en los mismos, en el caso de cortes multilaterales como la que hoy propone la Unión Europea para las inversiones,⁵¹ con el fin de garantizar la participación equitativa de todas las culturas jurídicas del mundo, evitar que ingresen jueces que de alguna forma no sean independientes y dependan de los países, y evitar la politización de los mismos como ocurre en la OMC o la Corte Internacional de Justicia.

Alentar el diálogo entre las áreas que promueven el ICCAL y el DEI es una tarea en la que se debe trabajar denodadamente, para que se adelanten los cambios políticos que se requieren y se tomen las decisiones necesarias para superar la fragmentación, porque solo a través del diálogo se logrará garantizar efectivamente la protección de los derechos humanos y, al mismo tiempo, proteger los derechos concedidos a los inversionistas y la libre empresa. Los fines no pueden ser otros que lograr la inclusión, superar la desigualdad, y alcanzar mayores niveles de bienestar para todos, en un

⁵¹ Véase Comisión Europea, *The Multilateral Investment Court project*, comunicado de prensa del 21 de diciembre de 2016, disponible en: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1608>.

marco democrático dentro del Estado de derecho internacional.⁵² El inicio puede estar hoy al alcance, mediante la aplicación de las herramientas técnicas de las que dispone el derecho internacional público.

III. EL CONSTITUCIONALISMO DEL DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL⁵³

La legitimación de los cambios globales en los países que transitaban de dictaduras y democracias frágiles al libre mercado, requería de cambios institucionales-legales internos. Ello terminaría consolidando y preservando para el futuro los paradigmas económicos y de poder que se gestaron en Europa desde la llegada de los españoles a América.⁵⁴ La búsqueda de la autoridad legitimadora liberal de los años ochenta, que se estaba gestando en diferentes centros de poder internacional, como el Banco Mundial, la UNCTAD y, para el DEI, en el proceso de negociación que inició en 1986 en la Ronda Uruguay del GATT, no podía darse sobre el marco de las estructuras de poder hegemónicas del enfrentamiento ideológico-económico norte-sur del Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI).⁵⁵ Ese proceso se dio en el marco de una convergencia ideológica mundial sobre las políticas aperturistas, que facilitó la creación de las nuevas instituciones, dentro de un marco multilateral como el GATT,⁵⁶ y que da como resultado la creación de la

⁵² McCorquodale, Robert, “Defining the International Rule of Law: Defying Gravity?”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 65, núm. 2, abril de 2016, pp. 277-305.

⁵³ Algunas de las ideas aquí expresadas se encuentran en Álvarez Zárate, José Manuel, “Constitucionalismo económico en...”, *cit.*

⁵⁴ Para entender un poco más el proceso de construcción de instituciones en América Latina y la influencia occidental en las mismas, véase Quijano, Aníbal, “Colonialidad del poder y clasificación social”, en Quijano, Aníbal (ed.), *Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder*, Buenos Aires, Clacso, 2014, pp. 285-327.

⁵⁵ En América Latina, el libro colectivo, *Derecho económico internacional*, México, Fondo de Cultura Económica, 1976, publicación que fue alentada por el Centro de Estudios Económico y Sociales del Tercer Mundo de la UNAM y editada por Jorge Castañeda, Jorge Witker y Javier López Moreno, profesores en esa época de la UNAM, reunió importantes abogados de Argentina, Colombia, Chile, etcétera, para discutir sobre los alcances del DEI producto de los principios de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados para América Latina.

⁵⁶ Este proceso debería haberse dado en un marco de respeto racional de ciertas normas para la discusión política que pudieran ser aceptadas por todos los Estados en un proceso de *acción comunicativa*, que aunque no fue diseñado para las relaciones internacionales en el sentido propuesto por Jürgen Habermas (Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Taurus, 1987), tendría un grado de legitimidad más alto. Pero lo que ocurrió fue

OMC en 1994, lo cual fue recogido por la gran mayoría de las constituciones en América Latina. El proceso de negociación comercial internacional entre 1986 y 1994 que terminó con la creación de la OMC, y la firma acelerada de cientos de AII durante más o menos el mismo periodo, coincide con el proceso de reformas a las instituciones económicas en las constituciones de los países de América Latina.

De esta forma, la legitimación del nuevo orden económico internacional se dio desde lo legal con las reformas constitucionales en la mayor parte de países de América Latina,⁵⁷ quienes se dieron a la tarea de incorporar en ellas los principios económicos que están detrás de los tratados de comercio e inversión, para luego poder recibir y cumplir más fácilmente con las obligaciones internacionales que se acordarían en lo que sería la OMC, los AII y las obligaciones de orden financiero. Esas reformas constitucionales produjeron cambios en las estructuras institucionales de poder al interior de los países, en el ámbito de los derechos humanos y en lo económico. Frente a los derechos humanos, se promueve el reconocimiento de libertades fundamentales básicas, hasta el respeto y reconocimiento de tratados de derechos humanos, al punto de afirmar la existencia de un *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*,⁵⁸ que recogería los elementos comunes de respeto y promoción de derechos fundamentales y derechos humanos.

Con el fin de la Guerra Fría, la creación de instituciones económicas internacionales como la OMC y los AII, algunos principios internacionales como el de la autodeterminación y el control soberano sobre las políticas económicas se han visto afectados. Por un lado, la justificación sobre las intervenciones humanitarias son un claro ejemplo de lo que sería esa nueva soberanía, que permitiría la injerencia exterior en los asuntos internos, mientras que durante la Guerra Fría la sociedad internacional buscó resolver los conflictos armados centrando su atención en aspectos como el mantenimiento del poder del Estado y la inviolabilidad de la soberanía

algo distinto, pues a través de diferentes estrategias se lograron consolidar diferentes instituciones que promovían el libre mercado, la eficiencia y la libre competencia, sin tomar en cuenta las necesidades individuales de desarrollo de la gran mayoría de los países.

⁵⁷ Según revisión hecha por el autor, los cambios constitucionales coinciden en las fechas y en instituciones. Véase al respecto supra nota 18.

⁵⁸ Véase Morales Antoniazzi, Mariela, *Protección supranacional de la democracia en Suramérica. Un estudio sobre el acervo del Ius Constitutionale Commune*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, quien durante varios años ha logrado organizar publicaciones, seminarios y presentaciones sobre esos rasgos comunes y diálogo entre cortes, con diferentes académicos del continente.

territorial.⁵⁹ Por el otro lado, las instituciones económicas en los Estados tuvieron que cambiar los paradigmas sobre los que se sustentaban para favorecer los flujos de comercio e inversión,⁶⁰ y poner al servicio de la eficiencia y el mercado una vasta porción de la regulación estatal.

En materia económica, entonces, se eleva a norma constitucional el desplazamiento del poder administrativo regulatorio, que estaba en manos de los parlamentos o el ejecutivo, hacia entidades tecnocráticas que se dice son independientes, las cuales no responden claramente por sus actos, porque sus funciones varían entre controlar la inflación, como los bancos centrales, y generar continuamente regulaciones eficientes que alienten la libre competencia, conforme a estándares internacionales.⁶¹ En esa línea, también se reconocen sistemas de solución de diferencias económicas entre particulares y el Estado mediante el fortalecimiento de tribunales internacionales.⁶² Estos cambios económicos se dan dentro del espacio constitucional, en lo que se ha llamado el nuevo constitucionalismo.⁶³ Las dos variantes legales de ese “nuevo constitucionalismo”, la económica y social, son entonces producto de la globalización económica, pero los principios pro-mercado y pro globalización económica, en el marco de un Estado social de derecho que se preocupa por el medio ambiente y por los derechos humanos, le pueden dar una salida al diálogo entre el ICCAL y el DEI, para superar la fragmentación de la que se ha venido discutiendo en los foros alentados por el Instituto Max-Planck en los últimos años.

A la luz de varias de las constituciones en América Latina, la OMC y los tratados de libre comercio y de inversión son legítimos porque en las constituciones se encuentran principios iguales o similares, es decir, que se

⁵⁹ Ryan, Christopher M., *op. cit.*, p. 77.

⁶⁰ La aplicación del principio de conformidad previsto en el artículo XVI(4) del Acuerdo por el que se constituye la OMC obliga a los Estados a aplicar sus políticas de desarrollo conforme a las reglas y disciplinas de los Acuerdos de la entidad, en bienes, propiedad intelectual y servicios.

⁶¹ Se trata de agencias regulatorias de servicios públicos, telecomunicaciones, como la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRC) (Colombia), o la OSIPTEL (Perú), y los Bancos centrales, quienes siguen lineamientos de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, la OMC, la OCDE, y principios de eficiencia y competencia para una economía de mercado.

⁶² La creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y los tribunales de arbitraje de inversión son dos ejemplos.

⁶³ Véase Salazar Ugarte, Pedro, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)”, en González Pérez, Luis Raúl y Valadés, Diego (eds.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. 345-387.

promueve una legitimidad basada en la legalidad y no en la discusión democrática donde todos los intereses en juego hubiesen podido participar en la decisión. Dentro de esta forma de legitimidad positivista,⁶⁴ textualista y formalista, los sistemas económicos globales-nacionales en América Latina perciben las normas de la OMC como legítimas, por lo que en su gran mayoría son cumplidas por la mayor parte de los países.⁶⁵ Este proceso de incorporación normativo en la conciencia económica global es el que más ha ayudado al cambio de percepción sobre la obligatoriedad del derecho internacional del comercio. En la post Guerra Fría, son las normas que en mayor medida los Estados están dispuestos a cumplir, por cuanto su contenido es compatible con los contenidos que se encuentran replicados en los sistemas jurídicos nacionales, porque han incorporado en sus constituciones, como elemento normativo, los principios de la economía de mercado abierto. Las normas creadoras de los sistemas de integración,⁶⁶ financieras,⁶⁷ de protección de la inversión o comerciales son el mejor ejemplo de esta aceptación de los principios de mercado y el sometimiento de los Estados al nuevo DEI. Este respeto a las disciplinas impuestas ha supuesto una pérdida de la autodeterminación estatal en áreas que antaño eran de total competencia interna, lo cual ha generado toda una discusión sobre cuáles son los espacios regulatorios (*policy space*) que aún mantiene el Estado.

Desde un punto de vista práctico, lo anterior se explica por la mayor interdependencia económica entre diferentes grupos de Estados, lo cual torna el sistema global cada vez más multipolar, donde los polos no son solo los Estados, sino que además entran en juego cadenas de producción de las compañías multinacionales y los capitales del mercado financiero internacional. Esta interdependencia ligada al capital y a un sistema de pensamiento económico, es reconocida jurídicamente a través de los distintos acuerdos de comercio e inversión suscritos por los Estados. Una vez el Estado se

⁶⁴ En el sentido de Weber, Max, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Colonia, Kiebenheuer & Witsch, 1964, citado en Habermas, Jürgen, "Law and Morality", trad. de Kenneth Bayes, *The Tanner Lectures on Human Values*, Cambridge, vol. 8, 1986, pp. 217-249.

⁶⁵ Las estadísticas de la OMC sobre los casos de incumplimiento de obligaciones entre países latinoamericanos no son altas, comparadas con los casos contra países del norte global y ahora China, lo cual puede dar cuenta del nivel de cumplimiento de las obligaciones económicas internacionales en materia de comercio de la gran mayoría de países latinoamericanos.

⁶⁶ Desde los Tratados de Roma de 1957 que dieron origen a la Comunidad Económica Europea, hasta el Acuerdo de Cartagena de 1969 que creó la Comunidad Andina.

⁶⁷ La fuerza vinculante de las normas del DEI obligan a reflexionar sobre ¿qué Estado desde la posguerra no ha cumplido con los mandatos de política o las previsiones del Fondo Monetario Internacional o el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento?

obliga a abrir su economía y a proteger las inversiones por la suscripción de un tratado internacional de carácter económico, este pierde parte de su autonomía en las materias precisas donde ha adquirido las obligaciones. En consecuencia, su potestad reguladora derivada de la constitución se ve limitada,⁶⁸ generando algunas veces tensiones con grupos sociales que no ven representados sus intereses en el acuerdo comercial, y que ven afectados sus derechos fundamentales a la salud, el medio ambiente, o simplemente a contar con oportunidades de trabajo.

Al final, la economía de mercado y los derechos humanos tienen el mismo trasfondo político: un proceso de desregulación y sacar del sistema judicial local los litigios sobre sus asuntos. Para el diálogo que se plantea entre el DEI y el ICCAL, no se trata de que debe prevalecer un solo valor o un solo principio, sino que en una sociedad internacional reconocidamente plural, es necesario salvaguardar varios simultáneamente.⁶⁹

IV. CONCLUSIONES

La sociedad globalizada debe lograr el respeto a los derechos humanos, la eliminación de las desigualdades y la inclusión social, al mismo tiempo que debe proteger la iniciativa privada y la propiedad. En suma, debe seguir una agenda que integre los derechos en tensión y que facilite el diálogo y el equilibrio de los derechos en juego, sin que para ello desmonte los logros en cuanto al Estado de derecho y la democracia a nivel local. Los objetivos son *pro homine* económicos.⁷⁰ Esto es, que a la par de avanzar en una democracia que promueva la inclusión social, política y económica, para mejorar los niveles de acceso a bienes básicos, en el marco del Estado de derecho, se deben evitar acciones de alguno de los poderes —presidente, congreso o jueces— que afecten el débil balance y control actual. En el mismo sentido, se debe actuar a nivel global, pues el problema no es exclusivo de América Latina. En suma, aunque aún insuficiente, lo logrado en materia de derechos humanos, democracia y Estado de derecho a nivel local en las constituciones se debe promover a nivel internacional.

La falta de diálogo para identificar instrumentos legales claros que promuevan la integración del DEI y el ICCAL llevan al problema, en el

⁶⁸ Véase Álvarez Zárate, José Manuel, *La O.M.C. Comentarios jurídico-económicos para Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

⁶⁹ Álvarez Zárate, José Manuel, “Constitucionalismo económico en...”, *cit.*, p. 109.

⁷⁰ Se trata de promover los derechos humanos y, al mismo tiempo, el respeto por la iniciativa privada.

momento de tomar decisiones judiciales o arbitrales, de que con el pretexto de mejorar el acceso a los derechos que cada cual promueve dentro de su sistema, se termina afectando a los derechos humanos o a los derechos de acceso al mercado y protección de inversiones, y con ello a la democracia y el Estado de derecho. Los argumentos académicos y prácticos para justificar el desborde de las funciones judiciales son generales, débiles y en otros casos antitécnicos.

Afirmar que la tarea de los jueces locales e internacionales debe responder hoy a un tipo de democracia moderna, o que en el caso de los árbitros de inversiones, su función es la de ayudar en el progreso del derecho internacional, implica que cumplir la tarea judicial que se les ha encargado, aplicando las normas vigentes, es antiguo o arcaico, y supone que un juez que avanza es aquel que crea derecho. Esa postura se funda en un supuesto avance hacia la modernidad, lo cual es bastante discutible. Ya es problemático que los jueces locales creen derecho, como para alentar y justificar que los jueces y árbitros internacionales hagan lo mismo. En el caso de los jueces locales, por lo menos existen límites, controles y contrapesos al poder que ejercen, porque son responsables frente a la ley. En el caso de los jueces y árbitros internacionales, esos controles políticos y jurídicos no existen en la práctica para países con escasos recursos de poder, lo cual socava la democracia y Estado de derecho. Cualquier cambio o control que se quiera ejercer no se puede hacer rápidamente, por las dinámicas en la negociación de tratados que enfrentan los Estados.

Es importante resistir la tentación de obrar en aras de avanzar en la promoción de los derechos humanos y en la promesa de avanzar hacia el progreso para alcanzar una modernidad inacabada. Este es un reto para los jueces y académicos que son receptivos a cantos de sirena, que a través de interpretaciones expansivas terminan por promover la creación de obligaciones internacionales, que se creen justas en favor de los derechos humanos o proinversionista. A nivel internacional, aunque se crea que la ley-tratado no es justa, el papel del juez es aplicarla. Hacer la ley justa es una función política y no judicial. Entender la función interpretativa del juez y árbitro internacional de la misma forma como se entiende a nivel local es un error, puesto que a nivel internacional se está metiendo con algo que no hace a nivel interno, la soberanía. El juez, en consecuencia, debe ser más cuidadoso, ya que debe tomar en cuenta que está interpretando obligaciones entre Estados soberanos, escritas por Estados soberanos, que en la mayoría de las veces han gastado mucho tiempo negociando y redactando los textos normativos para comprometerse a una cosa y no a otras que no están escritas. El juez internacional debe reconocer también que la ambigüedad de los tratados es

una técnica usada por los Estados, que permite a estos guardar márgenes de acción soberana interna. Los espacios que los Estados no han regulado en el tratado, son espacios soberanos (*policy space*) que pueden usar y no deben ser usurpados por árbitros o jueces internacionales.

Aceptar el argumento que ve al juez como creador de derecho deja sin fundamento los argumentos que buscan evitar que en materia de inversión los árbitros creen obligaciones que los Estados no asumieron. También sirve esa postura para que, cuando se cree la corte internacional de arbitraje propuesta por la Unión Europea,⁷¹ esta pueda crear derecho por fuera del marco soberano que los Estados ya han consentido. Así como los jueces que resuelven sobre derechos humanos podrían crear obligaciones para los Estados, no habría como argumentar lo contrario para que los árbitros de inversión no hagan lo mismo.

Otra de las formas en que se podría solucionar el exceso de poder que los jueces y árbitros internacionales han tomado es a través de la implementación de normas para limitar la acción de estos. En el caso de los jueces locales, lograr un consenso puede ser más expedito que a nivel internacional.

Para que sea legítimo un diálogo judicial entre el DEI y el ICCAL, este último debe transitar por los canales institucionales previstos previamente en los instrumentos internacionales. La discusión política se podrá dar, y proponer los cambios que sean necesarios en las reglas e instituciones para integrar los derechos humanos y los derechos económicos liberales, mediante procedimientos democráticos de alcance global, pues América Latina no está aislada y debe responder a las dinámicas del orden global y a los compromisos internacionales que ya ha asumido en materia de comercio e inversión con países de fuera de la región.

Resueltos los arreglos políticos, el diálogo jurídico-práctico entre el ICCAL y el DEI se dará cuando el juez, local o internacional, aplique los conectores legales que integren las dos áreas. En otras palabras, habrá que discutir y diseñar un camino que lleve a un Estado de derecho internacional y democrático, que promueva la inclusión social global. El recorrido no será fácil y estará lleno de incertidumbres, pero no se puede seguir alentando a que un poder se desborde e imponga sus decisiones sobre otro, por nobles que sean sus motivos. Las experiencias de diálogo entre los sistemas locales pueden servir de ejemplo, para lo cual el ICCAL tendría que reconocer que los valores y conceptos del mercado ya se encuentran en varias

⁷¹ European Commission, *Proposal for a Council Decision authorizing the Commission to negotiate a Convention to establish a multilateral court on investment on behalf of the EU in line with Article 218 of the Treaty together with negotiating directives*, 01/08/16, p. 2.

constituciones, y que con estos se han dado decisiones judiciales que han equilibrado los derechos que cada área promueve.

El diálogo genera comunicación cuando es entendido como un proceso de construcción donde no se subordine un área sobre la otra, ni se privilegie de entrada una posición sobre la otra. Habrá que revisar hasta qué punto los seguidores de una u otra área aceptan visiones diferentes, o si lo que se busca es vencer a la otra. Para que haya diálogo se requiere de un objetivo común, reconocimiento recíproco, entendimiento de la operación del otro y un procedimiento de discusión donde quepan todas las visiones.

El DEI y el ICCAL ya tienen en sus sistemas normas que permitirían iniciar el diálogo, pero es indudable que se requiere más claridad legal que permita a los dos sistemas superar la fragmentación. Aun así, los mecanismos jurídicos de interpretación y el diálogo con las fuentes del derecho pueden servir de punto de partida, para lo cual habrá que encontrar las cadenas de transmisión que vinculen los dos sistemas. Pero el diálogo jurídico tiene sus límites cuando se busca el reconocimiento de mayores derechos derivados de los derechos humanos dentro del sistema económico. Si los países no avanzan en los cambios políticos, los jueces siempre se encontrarán limitados para el balanceo de derechos.

A pesar de los avances que se puedan lograr con los anteriores pasos, el diálogo que debe promoverse en el espacio académico y político, sobre la base de unos objetivos compartidos comunes como la promoción de los derechos humanos, el bienestar general, la democracia y el Estado de derecho, por la naturaleza de los problemas, debe ser resuelto políticamente a nivel global, puesto que hoy en día, a pesar de lo que digan las constituciones a nivel local, los Estados individualmente considerados no son independientes y no cuentan con todos los instrumentos de política, ni con la capacidad individual para resolver dichos problemas.

En el espacio público de esta sociedad global, las comunidades epistémicas del DEI y el ICCAL hablan de promover la democracia y el Estado de derecho, pero desde posiciones jurídicas universalistas que se creía superadas, que vuelven sobre argumentos de tipo moral y principistas más cercanos al derecho natural del que se ha nutrido el derecho internacional del siglo XIX, que a la certeza del derecho positivo creado. El futuro deseado, entonces, podría ser crear los lazos comunicantes entre el DEI y el ICCAL mediante procedimientos comunicativamente creados.⁷²

⁷² El término de procedimientos comunicativos es de Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción...*, *cit.*