

EL CONSTITUCIONALISMO INTERAMERICANO Y LA FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL: POSICIONANDO AL ICCAL EN EL DEBATE SOBRE COLISIONES ENTRE REGÍMENES NORMATIVOS

Manuel Eduardo GÓNGORA MERA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El debate sobre la fragmentación del derecho internacional y las colisiones entre el DIDH y el DEI*. III. *Aproximaciones teóricas: Ubicando al ICCAL*. IV. *Una propuesta a la luz del ICCAL*. V. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

El 20 de abril de 2015, la Corte Suprema de Estados Unidos rechazó asumir la demanda de varias organizaciones de derechos humanos en contra de la empresa estadounidense *Chiquita Brands*. El pronunciamiento supuso un fuerte revés a las pretensiones de más de 4.000 víctimas del paramilitarismo en Colombia que esperaban obtener justicia ante las cortes norteamericanas invocando las *Alien Tort Statute* (ATS) y *Torture Victims Protection Act* (TVPA). La Corte Suprema concluyó que los tribunales estadounidenses no tenían jurisdicción para conocer el caso porque las conductas relevantes (asesinatos, torturas, y otras graves violaciones) se produjeron fuera de Estados Unidos. De este modo dejó en firme una sentencia de la Corte de Apelaciones del Undécimo Circuito de Miami fallada el 24 de julio de 2014 (*Cardona v. Chiquita*

* Investigador postdoctoral y profesor del Instituto de Estudios Latinoamericanos de la Universidad Libre de Berlín. Abogado y magíster en Derecho Económico (Universidad Javeriana, Bogotá), magíster en Economía Internacional y Política de Desarrollo (Universidad Friedrich-Alexander Erlangen-Nuremberg) y doctor en Derecho Público (*summa cum laude*) de la Universidad Humboldt de Berlín. Disponible en: manuel.gongora@fu-berlin.de.

Brands International).¹ En una decisión de 2012,² la Corte Suprema ya había rechazado la aplicación de la TVPA para casos que involucren a empresas en violaciones de derechos humanos, considerando que al referirse a *individuals* tal normativa solo era aplicable contra personas naturales. El pronunciamiento en el caso *Chiquita* era por lo tanto relevante para aclarar si la ATS podía ser invocada en casos en los que se discute la responsabilidad civil de empresas estadounidenses y otras personas jurídicas por violaciones de derechos humanos producidas en el marco de sus actividades fuera de Estados Unidos.

La comunidad académica y diversas organizaciones de derechos humanos estaban a la expectativa dadas las fortalezas probatorias del caso: por una parte, en el contexto de una investigación por violación de la ley antiterrorista estadounidense, *Chiquita* reconoció en 2007 haber entregado 1,7 millones de USD entre 1997 y 2004 a las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), un grupo paramilitar de extrema derecha incluido en la lista estadounidense de organizaciones terroristas. La empresa llegó a un acuerdo con el Departamento de Justicia, alegando que no se trataron de aportes sino de extorsiones, y terminó pagando una multa de 25 millones de USD. Por otra parte, en abril de 2011, la organización *National Security Archive* publicó varios memorandos internos confidenciales de directivos y funcionarios de *Chiquita Brands* en Colombia que sugieren que la empresa entregó tales sumas como pagos a oficiales del ejército colombiano vinculados a escuadrones de la muerte, y a grupos paramilitares y guerrilleros a cambio de información y servicios de seguridad en varias de las plantaciones de la compañía, especialmente en Urabá y la región colindante a Santa Marta.³ También existen evidencias acerca de la importación desde Centroamérica de miles de fusiles y munición a través de los canales de logística y comercialización de *Chiquita*.⁴ Con el rechazo del caso se redujeron drásticamente las probabilidades de un fallo a favor de las víctimas en demandas domésticas de indemnización contra otras multinacionales estadounidenses como

¹ El texto completo de la sentencia está disponible en: <http://caselaw.findlaw.com/us-11th-circuit/1673705.html>.

² Corte Suprema de los Estados Unidos, *Mohamad v. Palestinian Authority*, —U.S.—, 132 S.Ct. 1702 (2012). El texto completo de la sentencia está disponible en: <https://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/11-88.pdf>.

³ Los memorandos desclasificados se pueden consultar en el siguiente enlace: <http://nsarchive.gwu.edu/NSAEBB/NSAEBB340/index.htm>.

⁴ Sobre el tema se puede consultar el siguiente enlace: Cardenas, Elmar, *Por tráfico de armas, ordenan investigar a Banadex S.A.*, 4 de septiembre de 2013, disponible en: <http://www.verdadabierta.com/justicia-y-paz/juicios/604-bloque-elmer-cardenas/4871-tribunal-de-justicia-y-paz-pide-que-se-investigue-a-banadex-sa>.

Drummond y Dole, que afrontan cargos similares a los de *Chiquita* en el marco de sus operaciones en Colombia de extracción de carbón y producción de banano, respectivamente.

Este fallo de la Corte Suprema estadounidense representa el último eslabón de una larga cadena de eventos que se remontan a los orígenes de la compañía a comienzos del siglo XX. El 12 de noviembre de 1928, unos 25.000 trabajadores de las plantaciones de la zona bananera cercana a la ciudad de Santa Marta iniciaron una huelga contra la *United Fruit Company* (actual *Chiquita*), exigiendo el respeto de los derechos laborales ya establecidos en la legislación colombiana, así como mejoras en las condiciones de trabajo, salud y vivienda. La empresa y el gobierno estadounidense presionaron (incluso bajo amenaza de invasión del cuerpo de Marines) al gobierno colombiano para que contuviera la protesta, el cual en respuesta ordenó el envío de tropas a la zona. La huelga finalizó con la denominada “Masacre de las Bananeras” en la noche del 5 al 6 de diciembre en el municipio de Ciénaga. Pasadas la una de la mañana, tras leerse un decreto de estado de sitio que prohibía la reunión de más de tres personas, el ejército colombiano disparó contra una multitud de campesinos que pasaban la noche en la plaza contigua a la estación de ferrocarril. El número exacto de víctimas se desconoce porque muchos cuerpos fueron lanzados al mar o a fosas comunes. Durante la huelga, el embajador de Estados Unidos en Bogotá envió diversos reportes al Departamento de Estado de su país. En el último de ellos, fechado el 16 de enero de 1929, estimaba el número de muertos en más de mil personas, y expresaba su satisfacción por la contención de la protesta en los siguientes términos:

En referencia a mis informes previos relativos a la huelga de Santa Marta (...) tengo el honor de informar de que el representante en Bogotá de la United Fruit Company me dijo ayer que el número total de huelguistas matados por los militares colombianos superó el millar.

Tengo el honor, señor, de ser su obediente servidor,

Jefferson Caffery.⁵

⁵ Traducción del autor (“With reference to my previous reports concerning the Santa Marta strike... I have the honor to report that the Bogotá representative of the United Fruit Company told me yesterday that the total number of strikers killed by the Colombian military exceeded one thousand. I have the honor to be, Sir, your obedient servant.”). Los textos completos de los diferentes comunicados desclasificados de la embajada estadounidense en Bogotá y del consulado estadounidense en Santa Marta pueden consultarse en la página web www.archive.org. El texto citado se encuentra disponible en el siguiente link: <https://web.archive.org/web/20120606191231/http://www.icdc.com/~paukwolf/colombia/caffery16jan1929.jpg>.

El historial de la *United Fruit Company* de violaciones a los derechos humanos, amenazas al Estado de derecho y perturbaciones a los regímenes democráticos en América Latina no se limita al caso colombiano. La empresa es ampliamente conocida por su rol en la promoción de golpes de estado y en el ascenso de dictadores, la represión violenta de protestas laborales, y la corrupción y soborno sistemático de legisladores y funcionarios del gobierno en varios países centroamericanos. Uno de los casos mejor documentados es su intervención en el golpe de estado de 1954 en Guatemala contra el presidente democrático Jacobo Árbenz, quien había iniciado una reforma agraria que suponía la expropiación de $\frac{3}{4}$ partes de las tierras de la *United Fruit Company* en el país. A través de este tipo de acciones, la empresa se aseguró un entorno jurídico y político favorable en las zonas de producción bananera del Caribe, incluyendo beneficios tributarios, garantías a su propiedad sobre extensas tierras, control sobre la infraestructura (puertos, ferrocarriles, etcétera) y legislación laboral diseñada a la medida de los intereses de la empresa. La influencia desestabilizadora de la *United Fruit Company* sobre la democracia y el Estado de derecho en los países de la región fue de tal magnitud que mereció una denominación específica en el argot de los regímenes políticos: “repúblicas bananeras”.

La historia de la *United Fruit Company/Chiquita* sirve para ilustrar dos puntos cruciales que serán tratados en el presente texto. En primer lugar, la actividad de las empresas transnacionales es protegida ante todo por el derecho económico internacional (DEI), un régimen normativo que carece de regulaciones específicas para lidiar con afectaciones a la democracia y graves violaciones de derechos humanos producidas por estas actividades, y que de hecho en casos concretos puede entrar en colisión con el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH). Esta es una cuestión central para las discusiones sobre la consolidación de un *ius constitutionale commune* en América Latina (ICCAL) en la medida en que el avance en la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos es precisamente el objetivo primario del ICCAL. Y en segundo lugar, el caso resalta la carencia de instrumentos internacionales vinculantes y efectivos en el DIDH para judicializar a empresas transnacionales por su rol en graves violaciones de derechos humanos acaecidas fuera de sus países de origen y para que las víctimas de dichas violaciones sean indemnizadas. Por ejemplo, aun si Estados Unidos reconociera en un futuro la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), es poco lo que se podría hacer desde la justicia interamericana en estos casos. Como se observa en *Cardona v. Chiquita* y en otros casos similares desde la década de 1980, ante la falta de mejores instrumentos jurídicos, las víctimas

han tenido que desempolvar la *Alien Tort Statute* (ATS), una ley redactada para las condiciones sociales y comerciales estadounidenses de finales del siglo XVIII (mercantilismo, piratería, trata esclavista transatlántica, etcétera) e intentar aplicarla a las dinámicas de la globalización contemporánea (megatratados de libre comercio, desregulación de mercados financieros, paraísos fiscales, etcétera).

El presente artículo se divide en tres secciones: en la primera parte se introduce brevemente el debate sobre la fragmentación del derecho internacional y la colisión entre regímenes normativos (especialmente entre el DEI y el DIDH), proponiendo una clasificación de los principales problemas de este proceso según el tipo de relaciones que se producen entre los regímenes normativos. En la segunda sección se sistematizan y categorizan las distintas aproximaciones teóricas que han tratado de dar respuesta a los problemas anteriormente identificados. En este mapeo de teorías se enfatiza el posicionamiento del proyecto ICCAL. En la parte final se ofrecen algunas reflexiones preliminares sobre cómo podrían resolverse colisiones entre regímenes normativos a la luz de los lineamientos del proyecto ICCAL.

II. EL DEBATE SOBRE LA FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL Y LAS COLISIONES ENTRE EL DIDH Y EL DEI

En 2006, un grupo de estudio de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (en adelante CDI), liderado por Martti Koskenniemi, presentó un reporte que resume y analiza las discusiones que se habían producido hasta la fecha sobre la evolución reciente del derecho internacional.⁶ El reporte adopta la terminología de “fragmentación del derecho internacional” para describir una vertiginosa tendencia, que se observa desde mediados del siglo XX, de especialización de la normatividad internacional en diversos campos: en particular, el derecho internacional ambiental (DIA), el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), y el derecho económico internacional (DEI). Algunos de estos cuerpos jurídicos desplegaron instituciones, aparatos propios de solución de conflictos, y reglas muy específicas. Así, el derecho internacional del trabajo, el derecho penal internacional, y el derecho de asilo y refugio, que tuvieron algunos antecedentes importantes desde finales del siglo XIX, se han desarrollado en el marco del DIDH; por su parte, en el DEI se

⁶ 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.

generaron campos jurídicos como el derecho comercial internacional (DCI) y el derecho internacional de inversiones (DII). Estos dos últimos a su vez están compuestos por una miríada de tratados bilaterales y multilaterales de libre comercio (TLC) y acuerdos bilaterales de protección a la inversión extranjera (TBI). El reporte subraya ante todo el riesgo de que esta creciente fragmentación produzca colisiones de reglas e incompatibilidades en la solución de casos concretos al interior del derecho internacional según el cuerpo jurídico que se aplique, las técnicas de interpretación que se empleen, o la autoridad que conozca el caso. La fragmentación, en esta línea, es presentada como una amenaza a la unidad de principios del derecho internacional público.⁷

Como he explicado en un artículo previo,⁸ algunos juristas consideran que todos estos cuerpos jurídicos son parte de un cuerpo más amplio de derecho internacional público y no pueden ser considerados como “circuitos jurídicos cerrados” aleatoriamente agregados, sino como “subsistemas” articulados en el sistema unitario de derecho internacional público.⁹ Por consiguiente, todos los subsistemas tienen que estar fundamentados en los principios generales del derecho internacional y en los principios de los derechos humanos (*mainstreaming approach*). Otros autores los conciben como “régimenes” autónomos o *self-contained*,¹⁰ por lo que sugieren que tales reglas especializadas y técnicas de interpretación están pensadas para ser aplicadas exclusivamente en cada régimen respectivo.¹¹

⁷ Martineau, Anne-Charlotte, “The Rhetoric of Fragmentation: Fear and Faith in International Law”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 22, núm. 1, 2009, pp. 1-28.

⁸ Góngora Mera, Manuel Eduardo, “Globalización de la naturaleza y fragmentación del derecho internacional”, en Henríquez, Narda *et al.* (eds.), *Desigualdades en un mundo globalizado*, Lima, CISEPA, 2015, pp. 169 y 170.

⁹ Abi-Saab, Georges, “Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks”, *The New York University Journal of International Law and Policy*, Nueva York, vol. 31, 1999, pp. 919-933; Pauwelyn, Joost y Salles, Luiz Eduardo, “Forum Shopping Before International Tribunals: (Real) Concerns, (Im)Possible Solutions”, *Cornell International Law Journal*, vol. 42, núm. 1, 2009, pp. 77-118; Xiong, Ping, *An International Law Perspective on the Protection of Human Rights in the TRIPS Agreement: An Interpretation of the TRIPS Agreement in Relation to the Right to Health*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 239-242.

¹⁰ Esto es, un conjunto de reglas primarias asociadas a consecuencias jurídicas específicas por su incumplimiento, y que incorporan un conjunto exhaustivo y definido de reglas secundarias. Al respecto, Simma, Bruno, “Self-Contained Regimes”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 16, 1985, pp. 111-136; Simma, Bruno y Pulkowski, Dirk, “*Leges Speciales* and Self-Contained Regimes”, en Crawford, James *et al.* (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 139-163.

¹¹ Fischer-Lescano, Andreas y Teubner, Gunther, “Regime-collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, núm. 4, 2004, pp. 999-1046.

En aras del debate, en este artículo se asume la hipótesis de la conformación de regímenes y se exploran los potenciales riesgos de colisión entre el DIDH y los principales regímenes que regulan la acción económica globalizada: el derecho comercial internacional (DCI) y el derecho internacional de inversiones (DII). En una primera aproximación al problema se pueden identificar al menos tres tipos de relaciones entre estos regímenes internacionales: competitivas (cuando dos o más regímenes son aplicables a un caso concreto y uno de ellos tiene mecanismos más efectivos y expeditos de protección e implementación); conflictivas (cuando dos o más regímenes son aplicables a un caso concreto y sus reglas o lógicas de solución son parcialmente divergentes o colisionan abiertamente entre sí); y cooperativas (cuando tienden a objetivos similares).

En un segundo paso es posible identificar tres problemas centrales para cada tipo de relación entre regímenes. En el caso de las relaciones competitivas se puede resaltar el problema de asimetrías de justiciabilidad entre regímenes, derivadas de diferencias en el acceso y protección que ofrecen a los distintos actores involucrados y operadores jurídicos. Así, en el caso del DII, un inversionista extranjero dispone de tribunales internacionales de arbitraje que operan de manera eficiente e inmediata a la causa generadora del daño, obteniendo en una sola instancia un fallo inapelable que usualmente tiene un alto grado de cumplimiento en consideración a los costos económicos que puede producir el desacato.¹² Esto no opera en la dirección opuesta; es decir, los tribunales de arbitraje no sirven para resolver conflictos en los que el Estado sea el que denuncia a los inversionistas extranjeros (por ejemplo, por contaminación ambiental o violaciones de derechos humanos). De este modo, campesinos o pueblos indígenas afectados por la actividad de un inversionista extranjero en sus territorios deben invocar sus demandas ante la justicia nacional. En casos excepcionales en los que se pueda involucrar a algún Estado parte del sistema interamericano de derechos humanos, se podría acudir a la justicia interamericana. Pero este sistema es subsidiario, por lo que los afectados deben primero agotar las acciones administrativas y el trámite judicial nacional, lo cual usualmente es engorroso y en muchos casos prácticamente inoperante. Una vez se entienden agotados los recursos nacionales se puede invocar la jurisdicción interamericana, pero el trámite pasa por la selección de la Comisión Interamericana (CIDH) y diversos intentos de negociación con el Estado demandado. Después de varios años de espera ante la Corte IDH, existe la posibilidad de una sentencia favorable, cuyo cumplimiento

¹² Un ejemplo de los altos costos del desacato es el caso *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, Caso CIADI n° ARB/01/12, Laudo de 14 julio de 2006.

efectivo queda sin embargo supeditado a la voluntad del gobierno de turno del Estado demandado. Debido a que el acceso a la justicia en el DII es mucho más expedito, en la práctica la resolución de conflictos por esta vía puede adelantarse a la justicia nacional, consolidando hechos consumados y evitando que el problema sea resuelto bajo las normas constitucionales e internacionales de derechos humanos. A estas ventajas para el inversionista se deben sumar cuestiones relativas al *forum shopping* (es decir, la posibilidad de estos litigantes de buscar el mejor foro para que su caso sea resuelto, dados los diferentes tratados que pueden invocar y la diversidad de jurisdicciones en las que operan) y al *BIT-shopping* (una variante del anterior, mediante la cual estos litigantes pueden escoger, entre todos los acuerdos bilaterales de protección de la inversión extranjera que ha suscrito el país al que quieren demandar, el que sea más favorable para sus intereses, aprovechando el hecho de que tienen filiales en distintos países). Algunos ejemplos sobre estas asimetrías en América Latina son *Chevron v. Ecuador*¹³ y *Aguas del Tunari v. Bolivia*.¹⁴

En cuanto a las relaciones conflictivas, el problema central es la concreción o amenaza de colisiones normativas, ya que el DEI puede

¹³ *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL, Caso CPA n° 2009-23. Véase Góngora Mera, Manuel Eduardo, *op. cit.*, pp. 176 y 177: “Representantes de 30 mil indígenas y colonos de la selva amazónica al norte de Ecuador instauraron en 2003 una demanda ante la justicia ecuatoriana contra Chevron-Texaco por los daños ambientales causados en esa región por el vertimiento de miles de barriles de petróleo y desechos tóxicos durante el transcurso de sus actividades de extracción; en 2011 obtuvieron sentencia a favor, que condenó a la empresa a pagar una indemnización de casi nueve mil millones de USD; Chevron se negó a cumplir con la sentencia y acudió al arbitraje internacional contra Ecuador, en virtud de la cláusula de resolución de controversias del Acuerdo de promoción y protección recíproca de inversiones suscrito entre Ecuador y Estados Unidos. En decisiones de enero de 2011 (medidas cautelares) y febrero de 2012 (laudo), el tribunal de arbitraje expidió órdenes de un alcance sin precedentes, al determinar que Ecuador debía «tomar todas las medidas a su disposición para suspender o causar que se suspenda la ejecución o reconocimiento, dentro y fuera de Ecuador de cualquier sentencia contra [Chevron] en el caso de Lago Agrio». Esto abriría la puerta a que el arbitraje internacional se transforme en un proceso jerárquicamente superior a los procesos judiciales nacionales”.

¹⁴ *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia* (Caso CIADI n° ARB/02/3). Véase Góngora Mera, Manuel Eduardo, *op. cit.*, pp. 176 y 177: “La empresa estadounidense Bechtel había ganado el contrato de concesión y alega que alcanzó a hacer inversiones cercanas a 1 millón de USD; sin embargo tuvo que abandonar Bolivia tras las protestas de la población ante sus alzas exorbitantes a las tarifas de agua. Previamente, había cambiado su dirección legal de las Islas Caimán a Luxemburgo e insertó tres líneas de empresas holandesas en la cadena de propiedad entre su empresa en Bolivia (Aguas del Tunari) y su subsidiaria en Luxemburgo. A través de estas operaciones, Bechtel demandó a Bolivia ante el CIADI pidiendo una compensación de al menos 25 millones de USD por “ganancias futuras perdidas” (*lost future profit*), invocando el BIT entre Bolivia y Holanda”.

desincentivar la aplicación de normas protectoras del medio ambiente o presionar a la baja los estándares de protección de derechos laborales, el derecho a la salud, y otros derechos humanos; con ello puede imposibilitar la ejecución efectiva de las obligaciones estatales emanadas del DIDH. Esto ocurre porque las multinacionales y otros inversionistas pueden alegar que algunas normas de protección ambiental o políticas sociales constituyen restricciones no permitidas en el marco de un acuerdo de libre comercio o son formas de expropiación indirecta, y en consecuencia podrían demandar al país anfitrión de las inversiones ante tribunales arbitrales internacionales solicitando altas indemnizaciones, o incluso pueden promover sanciones comerciales con el apoyo de sus Estados de origen. Este fenómeno lo ilustra bien el caso *Philip Morris v. Uruguay* ante el CIADI: la multinacional tabacalera demandó a Uruguay en 2010, alegando que algunas medidas de la política de salud del gobierno adoptadas para reducir el consumo de tabaco (equivalentes a las ya establecidas en países europeos pero pioneras en América Latina) tenían efectos expropiatorios sin compensaciones de su propiedad intelectual y afectaban drásticamente su posición en el mercado.¹⁵ Para estos efectos invocó la violación de la norma de trato justo y equitativo consagrada en el TBI entre Uruguay y Suiza.¹⁶ Esto pone al TBI de Uruguay y Suiza en colisión con el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (CMCT, el tratado que el gobierno uruguayo estaba tratando de implementar con sus políticas de salud) y con instrumentos del DIDH que tutelan el derecho a la salud, incluyendo normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre muchos otros. Algunos observadores consideran que, más allá de la indemnización por 25 millones de USD (una suma irrisoria para Philip Morris), la pretensión de la tabacalera al acudir a tribunales arbitrales internacionales era evitar que otros países del sur global (donde el consumo de tabaco está creciendo) adoptaran regulaciones similares para proteger el derecho a la salud de su población y ratificaran o implementaran

¹⁵ Para un estudio detallado de las implicaciones de la demanda de la Philip Morris a la luz del DCI y DII, véase McGrady, Benn, “Implications of Ongoing Trade and Investment Disputes Concerning Tobacco: Philip Morris v. Uruguay”, en Voon, Tania *et al.* (eds.), *Public Health and Plain Packaging of Cigarettes: Legal Issues*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar, 2012, pp. 173-198.

¹⁶ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, Caso CIADI n° ARB/10/7, Laudo de 8 julio 2016.

el CMCT.¹⁷ Este efecto disuasivo para legislar en interés público se conoce como *regulatory chill*, pero es difícil medirlo dado que los Estados tienen distintas razones para legislar sobre una materia o abstenerse de ello. Lo cierto es que, en virtud de esta demanda contra Uruguay, el riesgo de ser demandado bajo argumentos análogos tuvo que incorporarse en el cálculo de costos de los países a la hora de diseñar sus políticas de salud pública; en el texto de contestación a la demanda, el gobierno uruguayo sostuvo que países como Costa Rica y Paraguay han considerado adoptar regulaciones similares pero han sido disuadidos de hacerlo por la amenaza de un posible litigio.¹⁸ Con todo, los casos de colisiones entre la protección del derecho a la salud (DIDH) o al medio ambiente (DIA) y la protección al inversionista (DII) no se restringen a países pequeños del sur global; situaciones como la descrita se han presentado en casos como *Vattenfall v. Alemania* (2011),¹⁹ *Bilcon v. Canadá* (2015),²⁰ *Metalclad v. México* (2000),²¹ y *Abengoa v. México* (2013).²²

Finalmente, respecto a las relaciones cooperativas el problema más destacable es el que se conoce en la doctrina como el *linkage problem*, es decir, los

¹⁷ Russell, Andrew *et al.*, “A Chilling Example? Uruguay, Philip Morris International, and WHO’s Framework Convention on Tobacco Control”, *Medical Anthropology Quarterly*, Hoboken, NJ, vol. 29, núm. 2, 2015, pp. 256-277.

¹⁸ Véase Dúplica sobre el Fondo de la Demandada de fecha 20 de septiembre de 2015, citada en *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, *op. cit.*, párr. 367. Sobre la presión histórica de Philip Morris y en particular su lobby en el Congreso costarricense entre 2010-2012 para impedir la expedición de normas antitabaco, véase Crosbie, Eric *et al.*, *Tobacco Control Legislation in Costa Rica (1971-2012): After 40 Years of Tobacco Industry Dominance, Tobacco Control Advocacy Succeeds*, San Francisco, Center For Tobacco Control Research and Education, 2012.

¹⁹ *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. Federal Republic of Germany*, Caso CIADI n° ARB/09/6, Laudo de 11 marzo de 2011; Vattenfall inició en 2007 la construcción de una planta de carbón en Hamburgo. Cuando el partido verde entró a la coalición de gobierno de la ciudad, cumplió su promesa electoral de imponer a la empresa estándares de protección ambiental más altos. Vattenfall demandó a Alemania ante el CIADI en 2009, al considerar que su inversión estaba amenazada. Ante la presión de la empresa, se logró un acuerdo secreto entre las partes en 2011, tras el cual se reformaron las reglamentaciones ambientales.

²⁰ *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Caso CPA n° 2009-04.

²¹ *Metalclad Corp. v. The United Mexican States*, Caso CIADI n° ARB(AF)/97/1, Laudo de 30 agosto de 2000.

²² *Abengoa S.A. and Cofides, S.A. v. United Mexican States*, Caso CIADI n° ARB(AF)/09/2, Laudo de 18 abril de 2013.

vínculos entre regulaciones comerciales (OMC) y temas no comerciales.²³ En principio, es posible considerar mecanismos a través de los cuales dos o más regímenes puedan aplicar reglas de solución equivalentes que persigan propósitos comunes. Por ejemplo, la sostenibilidad de la pesca es un objetivo del DCI (establecido explícitamente, por ejemplo, en los *Fisheries Partnership Agreements* firmados entre la Unión Europea y diversas naciones africanas), que es compatible con la protección de las especies vulnerables bajo el DIA y con la protección del derecho a la alimentación establecido en el DIDH. Bajo ciertas condiciones, las instituciones de esos tres órdenes podrían tener competencia para conocer un caso. Sin embargo, el hecho de que no se produzcan abiertamente colisiones normativas no significa su ausencia absoluta; es decir, perseguir objetivos comunes no garantiza resultados similares ya que cada régimen sigue lógicas distintas. Si bien se observa una tendencia en el derecho comercial internacional de incluir temáticas medioambientales y de derechos humanos en los TLC o en otros acuerdos bilaterales y multilaterales, en casos concretos las instituciones del DEI podrían llegar a soluciones diametralmente opuestas a las que se adoptarían ante tribunales de derechos humanos o bajo lógicas ambientalistas.²⁴ Esto ocurre porque mientras que el DIDH se concentra en principios generales de los derechos humanos, el DCI se enfoca básicamente en cuatro principios a la hora de resolver casos concretos: 1) el tratamiento nacional y el estatus de nación más favorecida; 2) el establecimiento de medidas contra prácticas desleales de comercio (dumping, subsidios, etcétera); 3) el reconocimiento de salvaguardas comerciales; y 4) la protección de derechos de propiedad intelectual (acuerdos TRIPS). Dadas las ya mencionadas asimetrías entre regímenes, en estos casos de concurrencia de jurisdicción los regímenes del DIDH o DIA tienen dificultades para anteponerse al régimen del DEI, por lo que muchas veces temas medioambientales o de derechos humanos terminan siendo resueltos bajo las lógicas del DEI.²⁵

²³ Jackson, John H., “Afterword: The Linkage Problem – Comments on Five Texts”, *American Journal of International Law*, Washington D. C., vol. 96, 2002, pp. 118-125.

²⁴ Kulovesi, Kati, *The WTO Dispute Settlement System: Challenges of the Environment, Legitimacy and Fragmentation*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011.

²⁵ Gonzaga da Silva, Elaine C., *Legal Strategies for Reproduction of Environmental Inequalities in Waste Trade: The Brazil-Retreaded Tyres Case*, desiguALdades.net Working Paper Series 34, 2012, disponible en: http://www.desiguALdades.net/Resources/Working_Paper/34_WP_Silva_Online1.pdf; como ejemplos se pueden citar los casos *México et al. v. Estados Unidos* (caso “atún-delfines”, 1991, GATT); *Venezuela y Brasil v. Estados Unidos* (caso “gasolina reformulada”, 1996, OMC), y *Unión Europea v. Brasil* (caso “neumáticos recauchutados”, 2007, OMC).

El siguiente cuadro resume los puntos que se han desarrollado hasta aquí:

<i>Relación</i>	<i>Problema</i>	<i>Ejemplos en América Latina</i>
Competitiva	Asimetrías en justiciabilidad (acceso y protección) entre DIDH y DII	<i>Cardona v. Chiquita Brands International (Colombia)</i> <i>Aguas del Tunari v. Bolivia</i> <i>Chevron Corporation v. Ecuador</i>
Conflictiva	Inaplicación de normas y disuasión ante colisiones normativas (<i>regulatory chill</i>)	<i>Metalclad v. México</i> <i>Abengoa v. México</i> <i>Philip Morris v. Uruguay</i>
Cooperativa	Vínculos entre regulaciones comerciales y temas no comerciales (<i>Linkage problem</i>)	<i>México et al. v. Estados Unidos</i> (“atún-delfines”) Venezuela y Brasil <i>v.</i> Estados Unidos (“gasolina reformulada”) <i>Unión Europea v. Brasil</i> (“neumáticos recauchutados”)

En la siguiente sección se esquematizan algunas de las aproximaciones teóricas que se han propuesto para dar respuesta a estos problemas.

III. APROXIMACIONES TEÓRICAS: UBICANDO AL ICCAL

Corriendo el riesgo de simplificar excesivamente un debate tan heterogéneo, es posible hacer una distinción general entre dos grandes aproximaciones teóricas sobre el derecho internacional público contemporáneo. Por un lado, enfoques que se concentran en fenómenos de convergencia normativa producto de la globalización del derecho y el paulatino reconocimiento y consolidación de estándares de aplicación universal (que llamaré “universalistas”). Al otro lado se ubican enfoques que subrayan la conformación de regímenes autónomos, y las divergencias y colisiones normativas entre éstos, así como las particularidades locales del derecho. El debate sobre fragmentación entonces no necesariamente se sitúa en si el derecho internacional público debería ser un orden unificado y coherente, sino más bien en el diagnóstico de los procesos y las dinámicas que lo caracterizan.²⁶ En efecto, el vocablo “fragmentación” se refiere a un *proceso* de división, divergencia o fractura del derecho internacional público que, por consiguiente,

²⁶ Martineau, Anne-Charlotte, *op. cit.*, p. 4.

es concebido como un todo originariamente uniforme, o al menos se sugiere que debería serlo.²⁷ El antónimo de fragmentación sería entonces un *proceso* de (re)unificación o convergencia.²⁸ Es decir, la mayoría de autores de la segunda postura (que llamaré “particularista”) no son defensores de la configuración de cuerpos jurídicos inconexos e incompatibles; por el contrario, lo que muestran son los riesgos de esa tendencia divisoria y divergente del derecho internacional contemporáneo.

Puesta la discusión en términos de perspectivas que exploran las convergencias y las potenciales relaciones de cooperación entre órdenes jurídicos (universalistas) y aquellas que subrayan las divergencias y las colisiones normativas entre regímenes (particularistas), es posible distinguir en un subnivel de análisis entre aproximaciones globales y regionales. Entre las perspectivas universalistas enfocadas en el estudio del derecho a escala global se pueden citar las corrientes neokantianas del constitucionalismo global,²⁹ constitucionalismo cosmopolita,³⁰ derecho administrativo global,³¹ y constitucionalismo compensatorio.³² Por su parte, entre las perspectivas particularistas enfocadas en el estudio del derecho a escala global se puede

²⁷ Cogan, Jacob Katz, “The Idea of Fragmentation”, *Proceedings of the American Society of International Law*, vol. 105, 2011, pp. 123-125.

²⁸ Andenas, Mads y Bjorge, Eirik (eds.), *A Farewell to Fragmentation: Reassertion and Convergence in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

²⁹ Fassbender, Bardo, “The United Nations Charter as Constitution of the International Community”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 36, núm. 3, 1998, pp. 529-619; Habermas, Jürgen, *Die postnationale Konstellation: politische Essays*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1998; Habermas, Jürgen, “Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?”, *Der gespaltene Westen. Kleine politische Schriften X*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2004, pp. 113-193; Tomuschat, Christian, “Die internationale Gemeinschaft”, *Archiv des Völkerrechts*, 1995, vol. 33, núm. 1/2, pp. 1-20; Tomuschat, Christian, “International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international*, vol. 281, 1999, pp. 9-438.

³⁰ Kumm, Matthias, “The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism In and Beyond the State”, en Dunoff, Jeffrey y Trachtman, Joel (eds.), *Ruling the World? International Law, Global Governance, Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 258-324.

³¹ Cassese, Sabino, “Administrative Law without the State? The Challenge of Global Regulation”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 37, 2005, pp. 663-694; Krisch, Nico y Kingsbury, Benedikt, “Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order”, *European Journal of International Law*, vol. 17, núm. 1, 2006, pp. 1-13; Krisch, Nico, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

³² Peters, Anne, “Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 19, núm. 3, 2006, pp. 579-610.

destacar la corriente contrahegemónica, cuya vertiente más reconocida es el programa TWAIL (*Third World Approaches to International Law*). Pese a la diversidad de autores que se incorporan en esta propuesta teórica, en general comparten la crítica epistemológica contra los universalistas. Sugieren que los universalistas usan como estándares de convergencia normativa global un único punto de partida (habitualmente la tradición liberal europea), con lo cual desconocen las diversas experiencias y aportes de otras regiones del mundo en la consolidación de estándares normativos globales. La convergencia entonces tendría que ver en últimas con la pretensión de validez universal de los estándares europeos, independientemente de las condiciones socioculturales específicas y del desarrollo histórico de otras regiones del mundo. De ahí que estos autores usualmente establezcan conexiones entre estas pretensiones universalistas y fenómenos de expansión hegemónica del derecho internacional, como el colonialismo y el imperialismo.³³ Los particularistas denuncian los riesgos de la operación fragmentada del derecho internacional, ya que facilita la explotación y opresión de los países del Tercer Mundo, y proponen un pluralismo epistemológico que reconozca los diversos orígenes y aportes al derecho internacional y que contribuya a una participación más igualitaria de estos países en el establecimiento de estándares normativos internacionales.³⁴

A escala regional (continental) también se pueden distinguir corrientes de la perspectiva universalista. En el caso europeo vale la pena destacar la propuesta del *ius publicum europaeum*³⁵ y la teoría del constitucionalismo multinivel,³⁶ que intentan mostrar las convergencias normativas en torno a estándares de valor constitucional producidos por instituciones de la Unión Europea, y cómo estos estándares pueden operar en relaciones cooperativas con los producidos tanto en la escala nacional como frente al derecho internacional público. Su equivalente para el caso latinoamericano es el

³³ Anghie, Antony, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005; Chimni, Bhupinder, “Third World Approaches to International Law: A Manifesto”, *International Community Law Review*, vol. 8, 2006, pp. 3-27.

³⁴ Barreto, José-Manuel, “Decolonial Strategies and Dialogue in the Human Rights Field: A Manifesto”, *Transnational Legal Theory*, vol. 3, núm. 1, 2012, pp. 1-29.

³⁵ von Bogdandy, Armin, “The Idea of European Public Law Today”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (eds.), *The Max Planck Handbooks in European Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2017, t. 1, pp. 1-29; también disponible en: papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2933427.

³⁶ Pernice, Ingolf, *Das Verhältnis europäischer zu nationalen Gerichten im europäischen Verfassungsverbund*, Berlín, de Gruyter Recht, 2006; Pernice, Ingolf, “The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action”, *Columbia Journal of European Law*, vol. 15, núm. 3, 2009, pp. 349-407.

proyecto *Ius Constitutionale Commune* (ICCAL), que se enfoca ante todo en los estándares de valor constitucional producidos en el marco del sistema interamericano de derechos humanos. En cuanto a la perspectiva particularista a nivel regional latinoamericano, existen diversas vertientes con notables diferencias entre ellas, pero aquí vale la pena destacar aquellas que se autodefinen como antineoliberales. Las más destacadas e influyentes son el constitucionalismo bolivariano (aplicado en Venezuela) y el constitucionalismo plurinacional (aplicado en Bolivia y Ecuador).³⁷

Las corrientes particularistas contrahegemónicas latinoamericanas destacan varios aspectos relativos a la colisión normativa entre DIDH y DEI que merecen ser discutidos aquí. En primera instancia, consideran que el DIH es un derecho lesivo para los intereses nacionales y que los Estados de la región deben reconsiderar su adherencia al CIADI y a negociar TBI. Por un lado, lo que demuestran las estadísticas de inversión en América Latina entre 1990 y 2013 es que los países de la región fueron polos de atracción de inversión extranjera independientemente de la existencia de estos acuerdos.³⁸ Es decir, el solo hecho de celebrar TBI no garantiza que se atraiga efectivamente inversión. Un país como Argentina, con más de cinco decenas de TBI vigentes, no atrajo más inversión que un país como Brasil, que no ha ratificado el Convenio de CIADI y no tenía ningún TBI vigente, y que aun así logró concentrar la mayoría de las inversiones extranjeras en la región. Además, las rígidas reglas de compensación en la mayoría de TBI han llevado a que los laudos arbitrales sean percibidos por Argentina y otros países de la región como inaceptables, injustos y financieramente insostenibles.³⁹ Estados como Bolivia (2007), Ecuador (2009) y Venezuela (2012) ya han denunciado el tratado del CIADI, y han intentado reservar su sistema interno de justicia como escenario natural para la solución de controversias. Sin embargo, cláusulas de ultractividad de TBI ya firmados permiten vigencias adicionales de 10-15 años sobre inversiones ya efectuadas, por lo

³⁷ Al respecto, véase Santos, Boaventura de Sousa, *Para descolonizar occidente: Más allá del pensamiento abismal*, Buenos Aires, CLACSO/Prometeo, 2010; Santos, Boaventura de Sousa, “Plurinationaler Konstitutionalismus und experimenteller Staat in Bolivien und Ecuador”, *Kritische Justiz*, vol. 45, núm. 2, 2012, pp. 163-177.

³⁸ CEPAL, *La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe 2013*, Santiago de Chile, CEPAL, 2014, disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/36805/1/S1420131_es.pdf.

³⁹ Ripinsky, Sergey, “Venezuela’s Withdrawal from ICSID: What it does and does not Achieve”, *Investment Treaty News*, 13 de abril de 2012, disponible en: <https://www.usd.org/itin/2012/04/13/venezuelas-withdrawal-from-icsid-what-it-does-and-does-not-achieve/>.

que aún no han quedado totalmente desligados del CIADI.⁴⁰ En el caso de Ecuador, la propia Constitución incluso prohíbe las cláusulas de arbitraje inversionista-Estado.⁴¹

Por otra parte, autores contrahegemónicos argumentan que el fracaso del multilateralismo en el marco de la OMC ha permitido la consolidación de TLC bilaterales en la región, que son convenientes ante todo para los intereses de las potencias europeas y norteamericanas, así como la negociación de megatratados como el *Transatlantic Trade and Investment Partnership* entre Estados Unidos y la Unión Europea (TTIP), el *Regional Comprehensive Economic Partnership* en Asia y Oceanía (RCEP), y el *Trans-Pacific Partnership Agreement* (TPP), en el que han participado Chile, México y Perú. Esos megatratados no buscan en primera medida la liberalización comercial, ya que los acuerdos vigentes mantienen aranceles muy bajos.⁴² Por lo tanto, lo que realmente está en juego es la definición y armonización de los estándares del comercio global para garantizar la continuidad de la hegemonía europea-norteamericana ante las suspicacias que genera el ascenso de China. En este potencial escenario de megatratados, América Latina acentuaría su estatus como mero proveedor de materias primas y se mantendría como un *rule-taker*, ya que le será difícil evadir los nuevos estándares del comercio mundial si quiere mantener el acceso a esos mercados. Esto nos plantea la discusión sobre el *linkage problem*, ya que los nuevos estándares están incorporando temas que antes eran regulados por el derecho laboral, el DIDH y el DIA, siguiendo una estrategia expansiva en la que la mayoría de asuntos quedarán bajo la órbita del DEI. Considerando las ya mencionadas asimetrías de justiciabilidad, que hacen más expedito el trámite de procesos por vías del DEI, esta situación favorece su prevalencia fáctica sobre el DIDH y el derecho constitucional nacional por aplicación preferente.

Si bien en este diagnóstico hay varios puntos que me parecen acertados y que deben ser considerados, la perspectiva tiene al menos tres déficits: 1) esencializa los regímenes como cuerpos normativos intrínsecamente incompatibles entre sí; 2) subestima o incluso niega el potencial de coope-

⁴⁰ Lavopa, Federico *et al.*, “How to Kill a BIT and not Die Trying: Legal and Political Challenges of Denouncing or Renegotiating Bilateral Investment Treaties”, *Journal of International Economic Law*, vol. 16, núm. 4, 2013, pp. 869-891.

⁴¹ Constitución de Ecuador (2008), artículo 422: “No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas...”.

⁴² Por ejemplo, entre la Unión Europea y Estados Unidos los aranceles fluctúan entre el 2,2 y el 3,3%.

ración entre órdenes normativos; y 3) la crítica no está acompañada por propuestas alternativas viables. Como se observa en los casos de Bolivia, Ecuador y Venezuela, su retiro del CIADI no cumplió con el objetivo de blindarlos contra nuevas demandas, y podría resultarles más oneroso que haber intentado renegociar los TBI vigentes.⁴³ Y en relación con los megatratados, hay un cierto determinismo en el diagnóstico, que deja a la región como un receptor pasivo de reglas sin capacidad de agencia en el escenario internacional.

La pregunta a continuación es si el ICCAL ofrece respuestas frente a los problemas y retos detectados que puedan cubrir estos déficits. Hasta ahora, el foco analítico del ICCAL ha sido el derecho multinivel interamericano, entendido como un subsistema del sistema universal de derechos humanos y como un nivel subsidiario frente a los sistemas de protección de derechos constitucionales de los Estados miembros. En relación con el debate sobre convergencia o divergencia del derecho internacional, los autores del ICCAL se han enfocado en las convergencias normativas al interior del sistema interamericano, derivadas de fenómenos de internacionalización del derecho constitucional y de constitucionalización del derecho interamericano, por ejemplo a través de la doctrina del control de convencionalidad y del bloque de constitucionalidad. En esa línea, los temas se han circunscrito en gran medida al estudio de relaciones horizontales (dialógicas) y heterárquicas entre órdenes constitucionales nacionales y entre altas cortes nacionales y la Corte IDH, a las convergencias paralelas entre cortes nacionales, y a los efectos de las cláusulas constitucionales de apertura al derecho internacional.⁴⁴

Este reconocimiento del pluralismo intrasistémico se sostiene en relaciones de cooperación sustantivas entre el derecho constitucional nacional, la jurisprudencia y derecho interamericano, y el sistema de Naciones Unidas. Dado que a esos tres niveles los estándares de derechos humanos son usualmente compatibles y armónicos, las colisiones normativas entre estos órdenes son infrecuentes, y cuando se producen, la Corte IDH tiene competencia para dirimirlas. La pregunta es si estas lógicas de cooperación pueden extenderse al análisis de las relaciones entre el DIDH y el DEI y si una convergencia normativa del DEI en torno al DIDH y a estándares constitucionales regionales comunes podría ser una herramienta efectiva para resolver colisiones DEI-DIDH. En la última sección se proponen algunas reflexiones preliminares en esa dirección.

⁴³ Lavopa, Federico *et al.*, *op. cit.*

⁴⁴ Véase también von Bogdandy, Armin *et al.* en este volumen.

IV. UNA PROPUESTA A LA LUZ DEL ICCAL

El dilema de las colisiones normativas entre el DIDH y el DEI está expuesto claramente en el ya mencionado reporte de la CDI de 2006: debido a que no existe una jerarquía entre órdenes normativos del derecho internacional ni un orden de prioridad entre la mayoría de tratados, las colisiones no pueden resolverse bajo los principios de interpretación tradicionales del derecho: ni por el principio de *lex posteriori* (el tratado más reciente prevalece sobre los tratados previos) ni por su especificidad (*lex specialis* prevalece sobre reglas más generales).

Sin embargo, el ICCAL puede ofrecer algunas soluciones alternativas. Si aceptamos el valor constitucional y a la vez la naturaleza dialógica del derecho interamericano de los derechos humanos se hace patente el hecho de que, sin que necesariamente existan relaciones jerárquicas entre órdenes normativos, es posible establecer unos estándares mínimos de cumplimiento obligatorio, incluso en contra de la voluntad de los Estados (por ejemplo *ius cogens*). Esto significa que algunos estándares nucleares del DIDH (y en particular el derecho interamericano de los derechos humanos) deberían tener aplicación transversal en todos los órdenes del derecho internacional que sean vinculantes para los países del sistema interamericano. Es el caso de la prohibición de la discriminación o la proscripción de la tortura. Si llegara a darse alguna colisión entre estos estándares fundamentales y normas de otros regímenes, tendría necesariamente que darse aplicación preferente al DIDH. En cambio, frente a estándares de desarrollo progresivo del DIDH, es posible explorar soluciones horizontales y armónicas entre los dos regímenes.

De este modo, se reconoce que no todas las relaciones entre el DIDH y el DEI son intrínsecamente conflictivas o competitivas, ni todas pueden ser cooperativas o armónicas. Eso también supone reconocer que existen dos grandes escenarios: 1) situaciones en las que las colisiones entre el DIDH y el DEI deben resolverse con aplicación preferente del DIDH cuando los estándares del DEI sean absolutamente incompatibles con los estándares fundamentales e inderogables del DIDH, y 2) situaciones en las que los conflictos son superables y se pueden establecer reglas de solución que permitan relaciones de cooperación entre los regímenes involucrados.

1. *Colisiones en ámbitos del ius cogens y otros estándares fundamentales del DIDH*

En casos de colisión entre estándares del *ius cogens* y otros estándares fundamentales del DIDH con normas del DEI, las normas del DIDH tienen prevalencia en el orden interno de los Estados. En cuanto a las normas del *ius cogens*, está claro que se trata de derecho imperativo que se impone sobre cualquier tratado o sentencia internacional que lo vulnere; dado que pueden dar lugar a la nulidad de tales tratados, son condición de validez de todo acuerdo internacional (es decir, tienen *Geltungsvorrang*). En cuanto a otros estándares fundamentales del DIDH, la cuestión de la jerarquía es mucho más discutida. Sin embargo, *prima facie* su prevalencia no requiere necesariamente un reconocimiento formal de la existencia de jerarquías entre regímenes normativos del derecho internacional; si se quiere se puede entender como una situación de prevalencia en la aplicación (*Anwendungsvorrang*), similar a la que tienen tratados internacionales de derechos humanos frente a normas constitucionales nacionales en la mayoría de países latinoamericanos. En este punto se asimila a la situación que produce la aplicación del principio *pro homine*: no se puede alegar que éste vulnere la supremacía de la Constitución a nivel interno al declarar la aplicación preferente de normas internacionales cuando estas son más favorables que las normas constitucionales nacionales para el ejercicio de ciertos derechos; esta aplicación preferente en un caso concreto no supone el reconocimiento de una mayor jerarquía formal de los tratados sobre la Constitución.

Adicionalmente, una gran ventaja del concepto del *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano radica en la posibilidad de invocar el carácter autoejecutable de tratados que incorporen estándares fundamentales del DIDH ante cortes e instituciones de otros regímenes normativos, incluyendo el DEI. La tarea para los jueces interamericanos y los académicos consiste entonces en definir con precisión cuáles son los estándares del ICCAL que pueden ser calificados como *ius cogens* o como estándares fundamentales y de este modo poderlos incluir como normativa relevante para la resolución de casos concretos. Una noción útil para estos efectos es el de las obligaciones *erga omnes* (obligaciones multilaterales que se contraen frente a toda la comunidad de Estados sin que se requiera reciprocidad, y que por la importancia de los bienes jurídicos involucrados son exigibles sin excepciones).⁴⁵ Por ejemplo, en un caso en el que se discuta ante un tribunal de arbitraje si una medida

⁴⁵ Sobre el desarrollo del concepto de obligaciones *erga omnes* en la jurisprudencia interamericana, véase el voto concurrente del juez A. Cançado Trindade en Corte IDH, *Caso de la Cárcel de Urso Branco*, Medidas Provisionales respecto de la República Federativa del Brasil, Resolución de 7 de julio de 2004.

gubernamental puede calificarse como expropiación indirecta, un Estado puede alegar que tal medida fue promulgada en cumplimiento de obligaciones derivadas de estándares fundamentales del ICCAL o de obligaciones *erga omnes* como prueba de que tal medida es razonable y de interés público, con lo cual no habría lugar a indemnización. Para ilustrarlo con un caso concreto: una empresa transnacional corta el flujo natural de un río para construir una represa hidroeléctrica y deja sin otra alternativa de suministro de agua a pueblos indígenas, y el Estado posteriormente declara que la represa no puede construirse (o debe dejar de funcionar), o impone exigencias adicionales para garantizar el suministro de agua para los pueblos indígenas locales. La empresa demanda al Estado ante un tribunal de arbitraje basándose en un tratado bilateral de inversiones. El conflicto entre este tratado y el derecho a la vida y supervivencia de las poblaciones indígenas tendría que resolverse con consideración de las obligaciones *erga omnes* y la potencial o efectiva ocurrencia de violaciones graves a sus derechos fundamentales.

2. Colisiones en ámbitos de potencial cooperación

En ámbitos donde las obligaciones del Estado relativas a la realización de los derechos humanos no son de cumplimiento inmediato, o en los que no se afecta el núcleo esencial de derechos fundamentales (es decir, cuando lo que se discute es primordialmente el derecho a la propiedad privada), es posible pensar en soluciones heterárquicas y convergencias entre el régimen del DIDH y el DEI,⁴⁶ y también pueden plantearse escenarios interinstitucionales (no exclusivamente judiciales) donde se puedan invocar ambos regímenes. Por ejemplo, en los acuerdos de protección de las inversiones se pueden incorporar cláusulas que explícitamente consagren la obligación de los inversionistas de respetar los derechos humanos en los lugares donde operen.

Además, cuando los TBI regulan los procedimientos de solución de controversias entre el Estado anfitrión y los inversionistas, se mencionan las bases jurídicas en que se debe producir el arbitraje: usualmente se incluyen las disposiciones del TBI, las reglas y principios del derecho internacional, y el derecho nacional del Estado anfitrión. En esta cláusula se podría hacer una mención específica al derecho interamericano de los derechos humanos (incluyendo la jurisprudencia de la Corte IDH), o bien como parte del derecho internacional, o bien como componente del derecho constitucional nacional (por ejemplo, si en el país se ha reconocido su integración al bloque

⁴⁶ Cottier, Thomas *et al.* (eds.), *Human Rights and International Trade*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

de constitucionalidad). De este modo, los juristas que hagan parte de los paneles de arbitraje deben tener alguna experticia en derecho interamericano y DIDH. Con ello se reducen los riesgos detectados en la discusión sobre el *linkage problem* (en particular, la toma de decisiones sobre la base exclusiva de reglas del DEI y lógicas economicistas). También se podría pensar en maneras de involucrar directamente a la Corte IDH en litigios arbitrales, por ejemplo a través de su función consultiva. En ciertos casos, la Corte IDH podría aclarar si la continuidad de la actividad del inversionista vulnera el DIDH (por ejemplo, la obligación estatal de proteger a la población ante violaciones de actores privados), o resolver si el Estado puede invocar el cumplimiento de compromisos internacionales asumidos en el marco del derecho interamericano como justificación para imponer una medida potencialmente expropiatoria.

Por supuesto, el recurso al sistema interamericano es insuficiente en la medida en que —como el orden constitucional nacional— está enfocado en el Estado como responsable de violaciones de derechos humanos. Por esto es importante, desde una escala regional, promover reformas a la arquitectura legal internacional para lograr incorporar a los actores privados y empresas multinacionales como potenciales transgresores transnacionales de derechos humanos, incluso involucrando a los Estados de donde provienen estos actores, lo que ha sido abordado en la doctrina bajo el concepto de obligaciones extraterritoriales. En áreas de comercio e inversión, una respuesta para reducir las asimetrías legales entre las comunidades locales afectadas y las empresas transnacionales e inversionistas extranjeros puede ser la elaboración de un instrumento interamericano vinculante que defina específicamente las obligaciones extraterritoriales de los Estados, incluyendo indemnizaciones y mecanismos concretos de reparación para los afectados. Hasta ahora, los intentos de negociar un instrumento específico sobre obligaciones extraterritoriales a escala global han sido infructuosos debido a la falta de apoyo político de países europeos y norteamericanos. Considerando el peso de la inversión extranjera en la región, debería haber consenso entre los Estados latinoamericanos en la necesidad de desarrollar esos estándares en el marco del sistema interamericano, lo que además podría servir como plataforma para proponer el tema en el sistema de Naciones Unidas. Una guía útil para la definición de esos estándares y la identificación de estas obligaciones⁴⁷ puede ser el trabajo adelantado por el “Consortio ETO”,

⁴⁷ Para una revisión detallada de estos intentos en el derecho internacional y el *soft law* sobre empresas multinacionales, véase Utting, Peter, “Social and Environmental Liabilities of Transnational Corporations: New Directions, Opportunities and Constraints”, en Utting, Peter

un grupo de institutos universitarios y de organizaciones de derechos humanos que emulan la experiencia de los Principios de Limburgo.⁴⁸ El 28 de septiembre de 2011, el grupo adoptó los Principios de Maastricht sobre obligaciones extraterritoriales, un conjunto de lineamientos generales para el establecimiento de estándares internacionales sobre obligaciones extraterritoriales de los Estados.⁴⁹ El grupo ha estudiado las conexiones entre los actos u omisiones de los Estados y la afectación local de poblaciones que viven fuera de sus fronteras; y también ha revisado casos en los que las operaciones de un Estado a través de empresas multinacionales y otros actores transnacionales han afectado el ejercicio y goce de derechos humanos en diferentes países. El fundamento de las obligaciones extraterritoriales es la premisa según la cual los Estados deberían verificar previamente a la implementación de sus políticas internas si estas pueden tener un grave impacto negativo más allá de sus fronteras y asegurarse de que sus propios ciudadanos, compañías y empresas transnacionales sujetas a su jurisdicción no violen derechos humanos en otros países.⁵⁰ En esa línea, los países también deberían contar con una legislación interna que establezca sanciones a sus empresas transnacionales cuando sus operaciones en el exterior sean lesivas

y Clapp, Jennifer (eds.), *Corporate Accountability and Sustainable Development*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 92-126. Véase también el capítulo de Douglass Cassel en este volumen.

⁴⁸ Los Principios de Limburgo son un listado de principios del DIDH contemporáneo elaborado por un grupo de expertos en derecho internacional, convocados en la década de 1980 entre otros por la Comisión Internacional de Juristas y la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburgo (Maastricht, Países Bajos). Estos principios han sido ampliamente citados en las discusiones sobre el alcance y la naturaleza de las obligaciones estatales derivadas del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁴⁹ El texto de los Principios de Maastricht puede consultarse en: http://www.etoconsortium.org/nc/en/main-navigation/library/maastricht-principles/?tx_drblob_pi1%5BdownloadUid%5D=23.

⁵⁰ “Although the primary responsibility to ensure human rights will always rest with the national Government, in the current climate of globalization and strong international interdependence, the national Government is not always able to protect its citizens from the impacts of decisions taken in other countries. All countries should therefore ensure that their policies do not contribute to human rights violations in other countries. As S.I. Skogly has stated, the strict territorial application of human rights obligations may now be outdated. This issue is becoming increasingly important for the realization of the right to food given that it is now increasingly true that actions taken by one Government may have negative impacts on the right to food of individuals living in other countries. For example, international trade in agriculture is one clear case, as it is widely recognized that subsidies to farmers in developed countries can have negative impacts on farmers and the right to food in developing countries if food products are «dumped» on developing countries.”; Relator Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Alimentación, *Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación*, Jean Ziegler, E/CN.4/2005/47, 24 de enero 2005, párr. 39.

de derechos fundamentales y que le permita a las víctimas buscar justicia en sus cortes.

V. CONCLUSIONES

Las luchas por los derechos humanos, la democracia y la vigencia del orden constitucional han estado históricamente concentradas en la acción y omisión del Estado.⁵¹ No obstante, muchos de los actores privados y empresas que causan violaciones a los derechos de las comunidades locales, alteran el orden democrático, o pervierten el Estado de derecho, no tienen su sede principal en el país y ni siquiera tienen que tener bases físicas de operación en un Estado para causar daños ambientales o sociales. En consecuencia, sus acciones escapan con frecuencia del marco de aplicación del derecho local y del DIDH. Esto plantea en ocasiones serias colisiones con los regímenes que regulan las acciones de estos actores (especialmente el DII y el DCI) y que se invocan para evitar o disuadir la aplicación del DIDH. Por ello, una de las estrategias de los afectados y organizaciones de derechos humanos ha sido tratar de llevar a las empresas transnacionales a la arena de los derechos humanos, diversificando de este modo los espacios de demanda, tanto frente a la opinión pública internacional como ante las instituciones judiciales disponibles, incluyendo las cortes de justicia de los países de origen de las empresas que han vulnerado sus derechos y los órganos del sistema interamericano de derechos humanos. De este modo, los afectados tratan de resolver las colisiones en espacios donde se apliquen las reglas de juego del DIDH, como por ejemplo la CIDH y la Corte IDH. No obstante, el sistema interamericano aún no da respuesta adecuada a las condiciones de la globalización y mantiene su concepción Estado-céntrica de los derechos humanos.

Si América Latina avanzara hacia la consolidación de un *Ius Constitutionale Commune* que tuviera en cuenta la diversidad de actores involucrados en violaciones de derechos humanos sería posible oponer estos estándares regionales a empresas o Estados cuyas acciones u omisiones sean contrarias a tales estándares, y en algunos casos procesarlos ante la Corte IDH. En comparación con las cortes e instituciones de los regímenes de comercio, inversión, y propiedad intelectual, la tribuna interamericana, aunque lenta, ofrece mayor acceso y voz a los afectados, con lo que las asimetrías entre los regímenes podrían reducirse. Adicionalmente, llevar las colisiones

⁵¹ En América Latina, esta concepción Estado-céntrica de los derechos humanos se ha construido especialmente a partir de la experiencia de las dictaduras.

normativas a la arena de los derechos humanos garantizaría una aplicación prevalente del DIDH frente a normas del DEI en casos en que se hayan producido graves violaciones contra el *ius cogens* o derechos fundamentales. Por ello, los actores sociales en América Latina interesados en litigio estratégico internacional deberían intentar estructurar sus demandas en el lenguaje del *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes*.

A la luz de las reflexiones previas sugiero tres medidas para la solución de colisiones entre el DIDH y el DEI: 1) explorar las posibilidades del sistema interamericano de servir como arena para el procesamiento de violaciones de derechos humanos perpetradas por empresas transnacionales; 2) ofrecer una delimitación precisa del *ius cogens*, las obligaciones *erga omnes*, y el núcleo esencial de los derechos humanos fundamentales reconocidos en el sistema interamericano, que deben servir como límites de observación obligatoria por el DEI; y 3) avanzar hacia un tratado interamericano que incorpore a las empresas como sujetos que puedan ser declarados responsables de violaciones de derechos humanos, comprometiendo a los países de origen de empresas transnacionales en la obligación de velar que estas no cometan graves violaciones de derechos humanos en terceros Estados.

Tal vez las colisiones más complejas entre el DIDH y el DEI están relacionadas con el régimen internacional de inversiones. En realidad, América Latina había logrado a lo largo del siglo XX una convergencia normativa notable en torno a la doctrina Calvo (según la cual los litigios con inversionistas extranjeros debían ser solucionados ante los tribunales locales). Sin embargo esta regla se invirtió tras la firma del TLCAN y de varios TBI en la década de 1990, así como con la progresiva adhesión de los países latinoamericanos al Convenio CIADI. Lo ideal hubiera sido que la región enfocara recursos y esfuerzos institucionales hacia la consolidación de sus sistemas normativos y judiciales, de modo que el inversionista tuviera garantías de que opera en un entorno de seguridad jurídica en el que no se justifica la intervención del arbitraje internacional. Sin embargo, la mayoría de países optó simplemente por aceptar su incapacidad de asegurar tal entorno, y de este modo la región perdió un estándar común del derecho constitucional en materia de inversiones extranjeras.⁵² En la actualidad, varios países están pagando las consecuencias no previstas del mecanismo de tribunales arbitrales con condenas cuantiosas por indemnizaciones que superan las inversiones efectivas, gracias a nociones tan abiertas a la

⁵² Tamburini, Francesco, “Historia y destino de la «doctrina calvo»: ¿actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, núm. 24, 2002, pp. 81-101.

interpretación como *lost future profits* y expropiaciones indirectas. Con todo, ahora que las críticas al régimen de arbitraje internacional ya no provienen exclusivamente de países del sur global sino de Europa y Norteamérica, es posible que seamos testigos de una tendencia hacia laudos arbitrales más balanceados y menos expansivos en el corto plazo. De todas formas, considerando el gran impacto social que tiene esta enorme redistribución de recursos desde los contribuyentes de naciones latinoamericanas hacia grandes conglomerados empresariales, los internacionalistas deberíamos ser más sensibles a las desigualdades globales que este sistema está produciendo y a sus consecuencias en las vidas de millones de personas.