

El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional

De la tensión al diálogo



ARMIN VON BOGDANDY

PEDRO SALAZAR UGARTE

MARIELA MORALES ANTONIAZZI

FRANZ CHRISTIAN EBERT

Coordinadores



MAX PLANCK INSTITUTE
FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW
AND INTERNATIONAL LAW



Deutsche
Forschungsgemeinschaft

Armin

VON BOGDANDY

Director del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público. Realizó estudios de Derecho y de Filosofía. Profesor invitado en la New York University School of Law, el Instituto Universitario Europeo y la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), entre otras. Ha ganado el Premio Leibniz, el Premio Internacional "Héctor Fix-Zamudio" y el "Mazo" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; doctor *honoris causa* de la Universidad Nacional de Tucumán. Su libro en español más reciente es *¿En nombre de quién? Una teoría de derecho público sobre la actividad judicial internacional*, con Ingo Venzke, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

Pedro

SALAZAR UGARTE

Licenciado en Derecho y Doctor en Filosofía Política. Investigador titular "B" de Tiempo Completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Es Director del IIJ-UNAM, profesor de la Facultad de Derecho y conductor del programa Observatorio TVUNAM. Su libro más reciente es, en coautoría con Paulina Barrera y Saúl Espino, *Estado laico en un país religioso* (México, UNAM, 2015).

Mariela

MORALES ANTONIAZZI

Abogada de la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas-Venezuela. *Magister Legum* (LL.M.) de la Universidad de Heidelberg-Alemania y Doctora en derecho por la Universidad Goethe de Frankfurt-Alemania. Investigadora senior en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público. Coordinadora del Proyecto *Ius Constitutionale Commune en América Latina* en derechos humanos. Profesora invitada en diversas universidades latinoamericanas y europeas. Coeditora de una veintena de libros, el más reciente *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte Interamericana*.

Franz Christian

EBERT

Licenciado (LL.B.) en Derecho Europeo y Comparado de las Universidades de Bremen y Oldemburgo-Alemania; *Magister Legum* (LL.M.) de la Universidad de Utrecht-Países Bajos. Investigador en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público. Su último artículo, en coautoría con Juan Pablo Bohoslavsky, se titula "Crisis económicas, medidas de austeridad y reformas laborales", *Revista de Derecho Social*, núm. 82, 2018.

EL CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR
EN AMÉRICA LATINA Y EL DERECHO
ECONÓMICO INTERNACIONAL

De la tensión al diálogo

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, núm. 839

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Sergio Ávila Figueroa
Cuidado de la edición y formación en computadora

Wendy Vanesa Rocha Cacho
José Antonio Bautista Sánchez
Apoyo editorial

Edith Aguilar Gálvez
Elaboración de portada

Carlos Calvimontes R.
Ilustración “Mapa de América Latina y el Caribe en un solo trazo”

EL CONSTITUCIONALISMO
TRANSFORMADOR
EN AMÉRICA LATINA
Y EL DERECHO ECONÓMICO
INTERNACIONAL
De la tensión al diálogo

ARMIN VON BOGDANDY
PEDRO SALAZAR UGARTE
MARIELA MORALES ANTONIAZZI
FRANZ CHRISTIAN EBERT
Coordinadores



MAX PLANCK INSTITUTE
FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW
AND INTERNATIONAL LAW

DFG Deutsche
Forschungsgemeinschaft

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
INSTITUTO MAX PLANCK DE DERECHO PÚBLICO COMPARADO
Y DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO
México, 2018

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad
Nacional Autónoma de México.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio
sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Primera edición: 30 de noviembre de 2018

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

DR © 2018. Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado
y Derecho Internacional Público

Im Neuenheimer Feld 535
D-69120 Heidelberg, Alemania

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-30-0810-5

CONTENIDO

Agradecimientos	IX
---------------------------	----

PRIMERA PARTE

NUEVOS ENFOQUES PARA CONCEBIR UNA RELACIÓN DIFÍCIL

<i>Ius Constitutionale Commune</i> en América Latina (ICCAL) y derecho económico internacional (DEI). Una introducción	3
Armin VON BOGDANDY, Franz Christian EBERT, Eduardo FERRER MAC-GREGOR, Mariela MORALES ANTONIAZZI, Flávia PIOVESAN, Pedro SALAZAR UGARTE, Ximena SOLEY	
El constitucionalismo interamericano y la fragmentación del derecho internacional: posicionando al ICCAL en el debate sobre colisiones entre regímenes normativos	33
Manuel Eduardo GÓNGORA MERA	
Después de la fragmentación: ICCAL, derechos humanos y arbitraje de inversiones	59
René URUEÑA	

SEGUNDA PARTE

APROXIMACIONES DESDE OTROS ENFOQUES

El derecho internacional y la gobernanza de recursos naturales en América Latina	87
Julio FAUNDEZ	

Instituciones financieras internacionales, Estado y “buena gobernanza”	115
José Ma. SERNA DE LA GARZA	
El derecho internacional de las inversiones, los derechos humanos y la gobernabilidad democrática	143
Javier ECHAIDE	
El derecho internacional de inversiones y los intereses comunitarios. . .	171
Stephan W. SCHILL	
Vladislav DJANIC	
Opciones para un tratado sobre empresas y derechos humanos. Avances y estado del arte.	211
Douglass CASSEL	

TERCERA PARTE

LA RELACIÓN ENTRE ICCAL Y DEI EN GENERAL

Control de convencionalidad y derecho económico internacional. Fines y medios	249
Juan Bautista JUSTO	
Juan Pablo BOHOSLAVSKY	
El derecho económico internacional y el ICCAL frente al constitucionalismo económico latinoamericano. ¿Fragmentación o integración?	289
José Manuel ÁLVAREZ ZÁRATE	
El elemento indígena en la relación entre el <i>Ius Constitutionale Commune</i> en América Latina y el derecho económico internacional	311
Paulina BARRERA ROSALES	

Implicaciones del TLC Colombia-Estados Unidos para los pueblos indígenas. Un análisis a la luz del <i>Ius Constitutionale Commune</i> en América Latina	331
Yira SEGRERA AYALA Meylin ORTIZ TORRES	
El Banco Mundial frente al constitucionalismo transformador latinoamericano: panorama general y pasos concretos	355
Armin VON BOGDANDY Franz Christian EBERT	
Empresas y derechos humanos. Lecturas a la luz del <i>Ius Constitutionale Commune</i>	397
Judith SCHÖNSTEINER	

CUARTA PARTE

LA RELACIÓN ENTRE ICCAL Y DERECHO INTERNACIONAL
DE INVERSIONES EN PARTICULAR

El <i>Ius Constitutionale Commune</i> frente al derecho internacional de inversiones. Desafíos en la construcción de principios comunes	429
José Gustavo PRIETO MUÑOZ	
La inclusión social en las relaciones entre el derecho internacional de las inversiones y los derechos humanos en América Latina.	447
Miguel ARENAS MEZA	
El derecho internacional de las inversiones y los derechos de los pueblos indígenas: fragmentación del derecho internacional e implicaciones para el pluralismo y el diálogo	475
Christina BINDER	
El control de constitucionalidad de los acuerdos de inversión en Colombia. Análisis desde la cláusula de expropiación indirecta . . .	511
Magdalena CORREA HENAO	

- Nuevos desarrollos latinoamericanos en el régimen internacional de protección de inversiones: ¿Iniciativas destinadas a corregir el déficit de transparencia procesal y participación del mecanismo de resolución de controversias relativas a inversiones? 547
María José LUQUE MACÍAS
- Inversiones internacionales y corrupción en América Latina: la función del arbitraje de inversiones en el avance de la institucionalidad democrática. 565
Katia FACH GÓMEZ

AGRADECIMIENTOS

El presente libro está destinado a analizar, desde una perspectiva dialógica, la relación entre el derecho económico internacional y el constitucionalismo transformador en América Latina. El propósito fundamental es ofrecer un marco conceptual que contribuya a disminuir las tensiones entre estos regímenes normativos, así como entre sus comunidades epistémicas, que frecuentemente se desarrollan en un relativo aislamiento los unos de los otros. Es una obra colectiva que forma parte de un proyecto más amplio impulsado desde 2004 en torno a la idea de un *Ius Constitutionale Commune en América Latina* (ICCAL) y su lectura del constitucionalismo transformador en esta región, a fin de promover la plena realización de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho en un contexto de pobreza, violencia y exclusión social. Emerge de los distintos seminarios organizados tanto en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público (MPIL) en Heidelberg como en diversas universidades latinoamericanas, entre ellas la Universidad de los Andes en Bogotá y la Universidad del Norte en Barranquilla, Colombia, la Fundação Getulio Vargas en Río de Janeiro, Brasil, la Universidad Diego Portales de Chile y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

Conscientes que es difícil avanzar en el debate respecto a los objetivos del ICCAL, en particular en materia de derechos humanos y democracia, sin tener en consideración las implicaciones que genera el derecho económico internacional en su cumplimiento, esta publicación es producto de los enfoques de expertos en derecho constitucional y en derecho internacional de los derechos humanos, por un lado, y de expertos en derecho económico internacional, por el otro. A todos y cada uno de ellos nuestra más sincera palabra de gratitud, no solo por sus valiosos aportes en los ámbitos de sus propias líneas de investigación, sino especialmente por participar de manera creativa e innovadora en la construcción de esta especie de *puente* entre los diferentes regímenes normativos.

Igualmente, nuestro agradecimiento a las instituciones y personas que han hecho posible este libro. Al Programa Leibniz de la Deutsche Forschungsgemeinschaft DFG (Fundación Alemana para la Investigación

Científica), pues su apoyo financiero ha sido determinante para facilitar los encuentros y jornadas, así como la propia edición de la obra. A la Oxford University Press por permitir la publicación del capítulo de Stephan W. Schill y Vladislav Djanic. Pero principalmente damos nuestras sinceras gracias a la Coordinación Editorial del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, a Raúl Márquez Romero y su equipo, por ofrecernos su plataforma editorial para hacer posible la divulgación de esta obra.

En el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público se configuró un equipo de apoyo para la cuidadosa revisión y corrección de la edición, integrado por Pedro Villarreal, Laura Hering y Giacomo Rugge. En la labor de traducción expresamos nuestra gratitud a Juan Camilo Herrera y Henry Jiménez Guanipa. Mención especial merecen Angelika Schmidt, por su papel decisivo en la lectura de los manuscritos; Charlotte Fabricius, quien brindó una asistencia infatigable en la implementación de las líneas editoriales, y Lucas Sánchez, quien ha sido el más fiel compañero del proyecto desde su origen, con su mirada diligente para auxiliar en la revisión lingüística y editorial de los manuscritos, así como de las pruebas, con su labor de traducción de varios capítulos al español, siempre con espíritu crítico y constructivo para enriquecer el contenido de este libro. A todos y cada uno de ellos reiteramos nuestro profundo agradecimiento.

Gracias a un esfuerzo colectivo, en la UNAM en México y en el MPIL en Heidelberg, se deja en manos de las lectoras y los lectores un libro que aspira propiciar y fortalecer un debate en clave de diálogo para enfrentar los retos del constitucionalismo transformador en América Latina, entendiendo que no existe una razón para perder la esperanza y que el derecho es una pieza esencial para cualquier transformación en la región. En el contexto actual, atenuar las tensiones con el derecho económico internacional, así como explorar posibles sinergias con esta rama del derecho, representa una tarea insoslayable.

PRIMERA PARTE
NUEVOS ENFOQUES PARA CONCEBIR
UNA RELACIÓN DIFÍCIL

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA (ICCAL) Y DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL (DEI). UNA INTRODUCCIÓN

Armin VON BOGDANDY, Franz Christian EBERT,
Eduardo FERRER MAC-GREGOR, Mariela MORALES ANTONIAZZI,
Flávia PIOVESAN, Pedro SALAZAR UGARTE, Ximena SOLEY*

SUMARIO: I. *¿Cómo llegó el ICCAL al DEI?* II. *La idea del ICCAL y su visión del DEI?* III. *Ejes y retos de un espacio jurídico común desde la perspectiva del ICCAL.* IV. *La estructura del libro.*

I. ¿CÓMO LLEGÓ EL ICCAL AL DEI?

La idea de un *Ius Constitutionale Commune en América Latina* (ICCAL) surgió de un grupo de investigadores, que desde el 2004 indaga acerca de los desarrollos

* Armin von Bogdandy, Franz Christian Ebert, Mariela Morales Antoniazzi y Ximena Soley son respectivamente director e investigadores del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público; Eduardo Ferrer Mac-Gregor es Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Flávia Piovesan es Comisionada de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; y Pedro Salazar Ugarte es Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Agradecemos a Jesús María Casal, Leonardo García Jaramillo, Sabrina Ragone, Pablo Saavedra, Elizabeth Salmón, Judith Schönsteiner, José Ma. Serna de la Garza, Jorge Ernesto Roa Roa, Lucas Sánchez, René Uruña y Pedro Villarreal por sus valiosas sugerencias y comentarios. Las partes II y III de esta introducción se basan en los artículos de 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 y de von Bogdandy, Armin *et al.*, “*Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador*”, trad. de Jorge Ernesto Roa Roa, en von Bogdandy, Armin *et al.* (eds.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro/Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, 2017, pp. 17-51. Estos textos también fueron publicados en inglés en la obra colectiva: von Bogdandy, Armin *et al.* (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

del constitucionalismo transformador en esta región.¹ La ambición de este proyecto es contribuir a la plena realización de los derechos humanos, de la democracia y del Estado de derecho en un contexto de pobreza, violencia y exclusión social.² Asimismo pretende contribuir a la construcción de sociedades que sean más plurales y al mismo tiempo más cohesionadas. Aunque el constitucionalismo transformador es un fenómeno mundial,³ sus rasgos latinoamericanos merecen particular atención de parte de los académicos de la región y a nivel global. Entre estos rasgos sobresale su carácter multinivel —sobre todo gracias al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos— y su carácter comparativo en una dimensión regional. Inspirándonos en la perspectiva de René Uruña, encontramos en este constitucionalismo transformador un componente clave de un espacio jurídico latinoamericano.⁴

Hasta ahora, con el enfoque del ICCAL se han estudiado principalmente las dinámicas, los logros y los retos creados por la interacción del derecho constitucional con los derechos humanos en los distintos países de América Latina.⁵ En este volumen, el ICCAL ha ido al encuentro del derecho económico internacional (DEI)⁶ por tres razones principales.

¹ Para los libros publicados hasta ahora, véase <http://www.mpil.de/de/pub/forschung/nach-rechtsgebieten/oeffentliches-recht/ius-constitutionale-commune.cfm>.

² Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas*, 7 de septiembre de 2017, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PobrezaDDHH2017.pdf>.

³ Klare, Karl, “Legal Culture and Transformative Constitutionalism”, *South African Journal of Human Rights*, vol. 14, núm. 1, 1998, p. 150; Bonilla Maldonado, Daniel, “Introduction: Towards a Constitutionalism of the Global South”, en Bonilla Maldonado, Daniel (ed.), *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 21-22.

⁴ Véase la contribución de René Uruña en este volumen.

⁵ Entendemos como derechos *humanos* las garantías establecidas por el derecho internacional, como derechos *fundamentales* las garantías establecidas por las Constituciones nacionales. Aunque estrechamente relacionados, la distinción es fundamental bajo la premisa del pluralismo dialógico, véase *infra* III 2.

⁶ El contenido exacto del concepto del “derecho económico internacional” sigue siendo controvertido. En una comprensión restrictiva, el DEI se basa solamente en las fuentes de derecho internacional público; véase por ejemplo Seidl-Hohenveldern, Ignaz, *International Economic Law*, 3a. ed., La Haya *et al.*, Kluwer Law International, 1999, p. 1; así como Qureshi, Asif H. y Ziegler, Andreas R., *International Economic Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 2011, p. 8 con referencias adicionales. En cambio, en una lectura más amplia, también abarca las normas relativas a entidades privadas o híbridas, así como algunas normas del derecho interno, por ejemplo, ciertas normas jurisdiccionales; véase Herdegen, Matthias, *Principles of International Economic Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 3. Para otra definición

En primer lugar, los derechos humanos en América Latina, sobre todo aquellos dirigidos a combatir la pobreza y la exclusión, a veces entran en tensión con normas del DEI.⁷ Resolver dicha tensión es importante, ya que al imponer costos financieros considerables, algunos instrumentos del DEI pueden obstaculizar el logro de la inclusión social y otros objetivos del ICCAL.⁸ Articulado en términos más abstractos, nos vemos confrontados con un ejemplo espinoso de la fragmentación del derecho internacional.⁹ Al respecto, la protección internacional de las inversiones, los instrumentos de las instituciones financieras internacionales (IFIs) y los acuerdos internacionales de comercio son de particular interés.

La segunda razón por la cual el DEI es de relevancia para el ICCAL radica en el potencial del primero para procurar los recursos económicos indispensables para la realización de esta visión.¹⁰ Superar la pobreza y la exclusión, es decir, avanzar con la inclusión social, necesita, entre otros factores, mayores recursos para los grupos afectados. En este sentido, el DEI podría tener un papel fundamental al fomentar el crecimiento sostenible.

del DEI que también abarca normas del derecho nacional véase Carreau, Dominique y Juillard, Patrick, *Droit international économique*, 4a. ed., París, Dalloz, 2010, p. 3.

⁷ Véase por ejemplo las contribuciones de Javier Echaide y de Juan Bautista Justo y Juan Pablo Bohoslavsky en este volumen.

⁸ Véase por ejemplo la contribución de Miguel Arenas Meza en este volumen.

⁹ Véase por ejemplo 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 Koskeniemi, A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006; 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, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015, pp. 165-182, en especial pp. 173-179.

¹⁰ Esto por supuesto no necesariamente quiere decir que los instrumentos del DEI siempre tengan el efecto de procurar crecimiento. El efecto de los acuerdos internacionales de inversiones sobre la inversión, por ejemplo, es altamente controvertido. Véase por ejemplo Salacuse, Jeswald W. y Sullivan, Nicholas P., “Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain”, en Sauvant, Karl P. y Sachs, Lisa E. (eds.), *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 154; más escéptico Van Harten, Gus, “Five Justifications for Investment Treaties. A Critical Discussion”, *Trade, Law and Development*, vol. 2, núm. 1, 2010, pp. 28-32. Sobre el impacto de tratados de comercio en la inversión extranjera directa véase Büthe, Tim y Milner, Helen V., “The Politics of Foreign Direct Investment into Developing Countries: Increasing FDI through International Trade Agreements?”, *American Journal of Political Science*, vol. 52, núm. 4, 2008, pp. 741-762, en especial p. 758. Aun si los mencionados acuerdos atraen la inversión, esa inversión no necesariamente genera mayor desarrollo humano en todo el país, pues depende, entre otras cosas, del sector económico en cuestión; véase al respecto Colen, Liesbeth et al., “Bilateral Investment Treaties and FDI: Does the Sector Matter?”, *World Development*, vol. 83, 2016, pp. 193-206.

Paralelamente, para el DEI también es importante disminuir la tensión entre sus normas y los principios del constitucionalismo transformador. En efecto, una parte considerable del déficit de legitimidad que se le atribuye al DEI en la región se relaciona justamente con esta tensión. A nuestro modo de ver, el DEI no puede procurar a cabalidad un desarrollo sostenible¹¹ si los actos concretos que se derivan del mismo están en conflicto con las normas jurídicas del constitucionalismo transformador, principalmente los derechos humanos. En consecuencia, un acercamiento entre los dos campos jurídicos también puede ser provechoso para el DEI. Como se explicará más adelante, el reconocimiento común de que tanto el ICCAL como el DEI actúan conjuntamente en un espacio jurídico latinoamericano puede coadyuvar a superar tal tensión.¹²

La tercera razón para intentar un acercamiento entre el DEI y el ICCAL es la propia coyuntura actual. El DEI y los derechos humanos, un elemento clave del constitucionalismo transformador, tienen mucho en común. Ambos nacieron después de la Segunda Guerra Mundial, fuertemente influenciados por los valores e intereses del Norte Global. De forma simultánea, los dos tomaron impulso en los años ochenta del siglo pasado y aún más después de la caída del muro de Berlín.¹³ Mientras que en el Norte Global se sostuvo durante un largo tiempo que el DEI y los derechos humanos eran generalmente complementarios, en el Sur Global hubo desde el inicio un mayor grado de escepticismo.¹⁴ Las sospechas de los países del Sur Global se han confirmado en repetidas ocasiones y hoy se reconoce a nivel universal esta tensión entre ambas ramas del derecho. Sin embargo, persisten lazos que las unen y resulta útil destacarlos. En particular, tanto el DEI como el derecho internacional de los derechos humanos, un componente clave del ICCAL, están siendo desafiados por un nuevo nacionalismo,

¹¹ Véase al respecto los objetivos de desarrollo sostenible establecidos en Asamblea General de las Naciones Unidas, *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, A/RES/70/1, Resolución aprobada el 25 de septiembre de 2015.

¹² En detalle René Urueña en este volumen, quien lo explica en términos de la teoría de juegos.

¹³ El artículo y más tarde libro de Francis Fukuyama con el título “The End of History?” es el emblema de esto. Véase Fukuyama, Francis, “The End of History?”, *The National Interest*, núm. 16, verano de 1989; Fukuyama, Francis, *The End of History and the Last Man*, Nueva York, Free Press, 1992.

¹⁴ Sobre la relación entre la resistencia desde el “Tercer Mundo” y el derecho internacional véase Rajagopal, Balakrishnan, *International Law from Below. Development, Social Movements and Third World Resistance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

lo cual hasta hace pocos años era inimaginable.¹⁵ Esta situación conduce a reflexionar sobre los puntos comunes de ambos regímenes y llama a buscar vías de acercamiento para amortiguar tensiones y forjar sinergias. En un sentido más extenso, se trata de recuperar para el espacio jurídico latinoamericano, el extraordinario proyecto que inspira el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, lo que incluye “promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad”. Claro está que los textos académicos por sí mismos no son suficientes para disminuir tal tensión o lograr un acercamiento. Cualquier cambio significativo en el DEI requiere de una considerable voluntad política por parte de múltiples actores. Al mismo tiempo, si bien los textos académicos no son suficientes, sí son útiles para tal proceso: la investigación jurídica produce los argumentos sustantivos y ofrece pautas jurídicas que son esenciales para avanzar en ese camino.

Con este trasfondo se ha elaborado el presente libro. De allí que a título introductorio se ofrezcan los elementos constitutivos del concepto del ICCAL y se esboce, desde esa perspectiva, su relación con el DEI, así como algunos retos a los que se enfrentan ambos regímenes en el espacio jurídico latinoamericano. Una vez abordada la idea general del constitucionalismo transformador en clave del ICCAL, esta introducción trata la relación entre las normas del ICCAL, por una parte, y las normas del DEI, por la otra. Se sostiene que este nexo debe concebirse en llave de pluralismo más que de supremacía (II.). Seguidamente (III.), se delinearán algunos rasgos esenciales del ICCAL y su relevancia para el DEI, tales como los objetivos de alcanzar la inclusión social y el refuerzo de la institucionalidad así como el pluralismo dialógico. La última parte se destina a mostrar la estructura y el contenido principal de la obra (IV.).

¹⁵ The Economist, “The New Nationalism”, *The Economist*, 19 de noviembre de 2016, disponible en: <https://www.economist.com/leaders/2016/11/19/the-new-nationalism>; véase también Strange, Michael, “The discursive (de)legitimation of global governance: political contestation and the emergence of new actors in the WTO’s Dispute Settlement Body”, *Global Discourse: An Interdisciplinary Journal of Current Affairs and Applied Contemporary Thought*, vol. 6, núm. 3, 2016, pp. 352-369.

II. LA IDEA DEL ICCAL Y SU VISIÓN DEL DEI

1. *Un constitucionalismo particular: el constitucionalismo transformador en clave del ICCAL*

El ICCAL es un enfoque de derecho público que plantea la existencia de un constitucionalismo transformador en América Latina y cuyo principal objeto de estudio es el conjunto de normas jurídicas que gobiernan el ejercicio de la autoridad pública y las instituciones nacionales e internacionales establecidas para promover el bien común.

Este enfoque de derecho público se distingue de un enfoque de derecho privado dado que este último se concentra en el derecho que gobierna la auto-organización de las relaciones entre particulares. Ello no implica que las actividades de los particulares queden fuera del enfoque del ICCAL, ya que una parte considerable del derecho público consiste en la regulación de las actividades privadas para procurar el bien común. De hecho, distintas contribuciones de este libro se dedican directamente a la actividad de las empresas, y proponen vías para vincularlas mejor con los derechos humanos.¹⁶ Para el constitucionalismo transformador, la constitucionalización del derecho privado es un fenómeno determinante para alcanzar sus objetivos.¹⁷ No obstante, la distinción entre lo público y privado sigue siendo útil porque responde a una diferenciación fundamental en las sociedades contemporáneas.¹⁸

El valor atribuido a la constitucionalización del derecho privado sitúa al ICCAL en el mismo debate que el «neoconstitucionalismo» debido a su papel en la renovación del constitucionalismo latinoamericano después

¹⁶ Véase las contribuciones de Manuel Eduardo Góngora Mera, Douglass Cassel y Judith Schönsteiner en este volumen.

¹⁷ De gran importancia entonces los primeros artículos del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina: “Artículo 1°. Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. Artículo 2°. Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”. Véase también Calderón Villegas, Juan Jacobo, *La constitucionalización del derecho privado: la verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*, 2a. ed., Bogotá, Universidad de los Andes, 2013.

¹⁸ Cfr. Auby, Jean-Bernard y Freedland, Mark (eds.), *La distinction du droit public et du droit privé: regards français et britanniques*, París, Pantheon-Assas, 2004.

de la caída de los regímenes autoritarios.¹⁹ Sin duda, el neoconstitucionalismo puso de relieve la incorporación de innovaciones producidas en las democracias constitucionales después de la Segunda Guerra Mundial y, principalmente, las transformaciones ocurridas a partir de los años 70.²⁰ La doctrina jurídica española de los años 80 ejerció una especial influencia en el proceso de democratización y la consolidación del Estado de derecho en América Latina.²¹ A su vez, el ICCAL se enlaza con la denominada *internacionalización del derecho constitucional*²² y con los estudios que buscan superar el ámbito regional para enfatizar los aspectos comunes de otros procesos transformadores del Sur Global.²³

El ICCAL interviene en el marco de este contexto teórico y discursivo. Se construye sobre la base de la interacción con los debates previos del constitucionalismo: con sus triunfos, sus ideas y, por supuesto, con sus puntos ciegos. Ciertamente, el ICCAL comparte la convicción sobre el potencial transformador del derecho, reconociendo, eso sí, que solamente puede ser exitoso dentro de un conjunto de procesos políticos y sociales mucho más amplios.

Al mismo tiempo, el ICCAL aporta algunas innovaciones a la discusión constitucional latinoamericana contemporánea. El ICCAL va más lejos que el neoconstitucionalismo. Por una parte, es un enfoque multinivel dado que abarca diversos instrumentos internacionales, sobre todo, aquellos vinculados al sistema interamericano de derechos humanos. Por otra parte, el enfoque analítico del ICCAL no se centra en cada una de las Constituciones nacionales, sino que se refiere a lo común del derecho nacional de varios países entre sí. Ciertamente, esta interacción multinivel se produce

¹⁹ Sobre sus fundamentos filosóficos Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2003; 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, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. 345-387.

²⁰ Carbonell, Miguel, “Neoconstitucionalismo”, *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales*, Universidad de Alcalá, 2011, disponible en: http://diccionario.prdpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/view/101. Véase también Casal, Jesús María, *La justicia constitucional y las transformaciones del constitucionalismo*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello/ Fundación Konrad Adenauer, 2015, pp. 15 y ss.

²¹ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Editorial Civitas, 1981. Sobre su impacto Bidart Campos, Germán J., *El derecho a la constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 19.

²² Capaldo, Griselda D. et al. (eds.), *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012.

²³ Por ejemplo Bonilla Maldonado, Daniel (ed.), *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

con diferentes grados y mecanismos en cada uno de los países. Existen tanto casos de interacción intensa (por ejemplo Colombia)²⁴ como ejemplos en los cuales la interacción apenas puede ser descrita como emergente (por ejemplo Chile).²⁵ Este prisma transnacional hace del ICCAL un enfoque esencialmente comparativo. Así, el ICCAL pretende dar una idea jurídica de Latinoamérica y contribuir a la articulación de un espacio jurídico latinoamericano. Dicho enfoque ha llevado a los investigadores a estudiar en llave holística los desarrollos que surgen de la evolución del derecho nacional y la gobernanza internacional a la luz de los desafíos sociales y económicos que enfrentan.

Cabe señalar que al caracterizarse como parte del derecho público, el ICCAL se ubica en la misma rama del derecho que buena parte del DEI, incluyendo el derecho internacional del comercio y de las inversiones, así como el derecho de las IFIs. Estas áreas del DEI también forman parte del derecho público porque los destinatarios directos de sus normas son instituciones públicas que, según sus preámbulos, tienen el objetivo de promover el bien común, elevar el estándar de vida, aumentar la renta real²⁶ o procurar el desarrollo económico.²⁷ Precisamente en esta convergencia se constata lo común, que simultáneamente puede servir como punto de partida para reflexionar sobre posibles acercamientos entre ambas áreas.

²⁴ Cepeda Espinosa, Manuel José, “Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court”, *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 3, núm. 4, 2004, pp. 537–700; Cepeda Espinosa, Manuel José, “The Internationalization of Constitutional Law: A Note on the Colombian Case”, *Law and Politics in Asia, Africa and Latin America*, vol. 41, núm. 1, 2008, pp. 61-77; Uprimny, Rodrigo, “The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates”, en Gargarella, Roberto *et al.* (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies*, Londres, Routledge, 2006, pp. 127-151.

²⁵ Henríquez, Miriam, “Propuesta inicial sobre derechos constitucionales”, en Sierra, Lucas (ed.), *Propuestas constitucionales: la academia y el cambio constitucional en Chile*, Santiago de Chile, Centro de Estudios Públicos, 2016, pp. 44-45.

²⁶ Véase, por ejemplo, el preámbulo del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio de 1994.

²⁷ Véase, por ejemplo, el preámbulo del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965; artículo I (i) y (iii) del Convenio Constitutivo del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento de 1944 (con sus modificaciones en vigor al 27 de junio de 2012); artículo I (ii) del Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional de 1944 (con sus modificaciones en vigor al 3 de marzo de 2011); el preámbulo del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio de 1994.

2. *El rol de la economía para el ICCAL y la cuestión de la supremacía*

El ICCAL no propone o presupone un modelo económico específico, y reconoce al DEI como campo jurídico propio. Ahora bien, el ICCAL no es neutral o agnóstico hacia la economía. Si el ICCAL se entiende como articulación de un constitucionalismo transformador con el fin de crear un marco general para la plena realización de la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos, entonces resulta esencial la forma en la cual opera la economía. Sin embargo, desde esta postura y esta valoración no se deriva una visión específica de cómo organizar la economía o el DEI. El ICCAL incluye a autores con opiniones muy distintas sobre la política económica, la protección de la propiedad y la redistribución. Los objetivos del constitucionalismo transformador permiten perspectivas diferentes —incluso divergentes— respecto del crecimiento económico, los problemas de la redistribución, el libre comercio o la protección de las inversiones. Como ha demostrado el desarrollo de Europa después de la Segunda Guerra Mundial, un proyecto de inclusión social puede ser compartido y desarrollado por fuerzas conservadoras, liberales y socialistas.²⁸

El enfoque constitucionalista del ICCAL es a veces entendido como una pretensión de supremacía del derecho internacional de los derechos humanos sobre el DEI. Ciertamente el derecho constitucional se ocupa de los fines (dignidad humana, democracia, etcétera) que el DEI debe perseguir a través de sus objetivos correspondientes (desarrollo económico, promoción de empleo, etcétera). Ello no implica necesariamente una presunción categórica de supremacía, como lo muestran muchas de las discusiones planteadas en este libro.²⁹ Al respecto conviene resaltar que el pluralismo dialógico es un principio fundamental del ICCAL.³⁰ Una pretensión de supremacía absoluta del derecho internacional de los derechos humanos sobre el DEI sería difícilmente compatible con tal principio. Se necesitan pautas diferenciadas y por esta razón se exponen distintas ideas sobre la manera de relacionar el ICCAL con el DEI.³¹

²⁸ Véase Judt, Tony, *Postwar. A History of Europe since 1945*, Nueva York, Penguin, 2005.

²⁹ Véase por ejemplo las contribuciones de René Urueña y Manuel Eduardo Góngora Mera en este volumen.

³⁰ Para más detalles véase abajo la sección III.2.

³¹ *Cf.* entre otros, las contribuciones de Manuel Eduardo Góngora Mera, René Urueña, José Gustavo Prieto Muñoz, así como de Stephan W. Schill y Vladislav Djanic en este volumen.

3. Configurar conjuntamente un espacio jurídico latinoamericano

La idea de un espacio jurídico latinoamericano lleva a un punto fundamental del ICCAL como concepto jurídico: su función analítica, incluso ontológica. El concepto del ICCAL permite afirmar la existencia de un nuevo fenómeno jurídico compuesto por elementos provenientes de varios ordenamientos jurídicos que se encuentran interconectados por el ya mencionado impulso común denominado constitucionalismo transformador. Tal proceso no ocurre solamente en el papel, sino que constituye una praxis jurídica transnacional institucionalizada. El ICCAL entrelaza la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y los demás instrumentos jurídicos interamericanos³² con las garantías establecidas en las constituciones nacionales y con las cláusulas constitucionales de apertura del ordenamiento jurídico interno al derecho internacional, así como con la jurisprudencia nacional e internacional pertinente. De igual manera, el ICCAL toma en cuenta los procesos sociales que inciden en estos desarrollos.

El constitucionalismo transformador tiene un impacto considerable en América Latina. En la región, los derechos humanos se han convertido durante los últimos treinta años en un lenguaje jurídico, político y social común que no existía previamente. Actualmente no solo se trata de un lenguaje común para los operadores jurídicos sino de una plataforma de movilización para un público más amplio. A pesar de los innumerables problemas que aún afectan a la región, gracias a este nuevo lenguaje se han modificado los parámetros bajo los cuales el poder debe ser justificado y los objetivos estatales pueden ser perseguidos.³³ Dichas premisas también son válidas y aplicables a la actividad económica y tienen implicaciones para su estructura jurídica.

Con el objetivo de ofrecer una simple muestra de lo que esto significa, la concepción jurídica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) muta así de una solitaria institución internacional, a uno de

³² La lista de los instrumentos que forman parte del *corpus iuris* interamericano se encuentra publicada en la página web de la Corte IDH: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/en/about-us/instrumentos>. Los instrumentos del Sistema Universal también han sido incorporados mediante la cláusula de interpretación establecida en el artículo 29 de la CADH. Véase Corte IDH, *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros v. Honduras*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de octubre de 2015, Serie C No. 304, párr. 168.

³³ Véase von Bogdandy, Armin *et al.*, “*Ius Constitutionale Commune en América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism*”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 5.

los múltiples puertos que conforman la red latinoamericana del constitucionalismo transformador. Esa red no solamente interconecta a la Corte IDH con las cortes y los tribunales nacionales,³⁴ sino también con numerosas instituciones nacionales e internacionales, actores políticos y organizaciones de la sociedad civil. De allí la conveniencia de entender estas interacciones dentro de un espacio jurídico latinoamericano.³⁵

La función ontológica del ICCAL se entiende mejor cuando aceptamos que los conceptos y las doctrinas jurídicas son parte de la práctica normativa de sus sociedades. El derecho es una construcción social. En este orden de ideas, el lenguaje es esencial para crear y dar forma al derecho. Definir, delimitar y refinar los conceptos contribuye a disponer de una mejor construcción de la realidad, a organizar, desarrollar y criticar el derecho y, en nuestro caso, a crear una interacción dinámica entre los diferentes sistemas y campos jurídicos. Los conceptos no caen del cielo ni saltan desde los textos legales, sino que requieren un esfuerzo intelectual.³⁶ En este sentido, el concepto de un *Ius Constitutionale Commune en América Latina* conecta varios fenómenos, experiencias y teorías jurídicas y defiende la existencia de un nuevo fenómeno jurídico que ha emergido de la interacción y la confluencia entre el derecho nacional y el derecho internacional (global y regional), distinguiéndose por ostentar un impulso transformador específico.

La identificación de un ámbito jurídico, que lógicamente debe distinguirse de otros campos, es un proceso social significativo. El ICCAL, en nuestro caso, confiere una identidad y una orientación propia que contribuye a generar y estructurar la comunicación académica, política y judicial. Su denominación y descripción bajo una categoría unificada refleja la intención de proponer una lectura holística y compartida del fenómeno,

³⁴ Góngora Mera, Manuel Eduardo, “Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. II, 2010, pp. 403-430.

³⁵ Véase la contribución de René Uruña en este volumen. Del mismo modo existe el concepto de espacio jurídico europeo; *cf.* von Bogdandy, Armin, “La transformación del derecho europeo: el concepto reformado y su búsqueda de la comparación”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año n° 20, núm. 54, 2016, pp. 441-471. La diferencia fundamental entre Europa y Latinoamérica consiste en que en Latinoamérica hay un espacio solamente en el sentido de una interacción continua e institucionalizada, mientras que en Europa se ha formado además un espacio común en el sentido territorial.

³⁶ Koselleck, Reinhart, *Vergangene Zukunft. Zur Semantik geschichtlicher Zeiten, Begriffsgeschichte und Sozialgeschichte*, 4a ed., Berlín, Suhrkamp, 2000, p. 119.

con el fin de unificar visiones que antes habían sido exploradas de manera independiente. El proyecto ICCAL responde a un esfuerzo por reunir a personas y proyectos con orígenes muy diversos, los cuales, sin embargo, comparten un elemento en común: la convicción respecto del potencial transformador que poseen los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho en América Latina.

Con esta publicación se persigue profundizar el diálogo con el ámbito del DEI, cuya institucionalización es en cierto modo más avanzada. El DEI cuenta con cátedras propias en todo el mundo, revistas y sociedades académicas específicas, una gran variedad de libros de texto y cursos universitarios especializados. Además, la relevancia de los instrumentos del DEI ha aumentado en las últimas décadas, tanto cuantitativamente como a nivel de sus implicaciones para la elaboración de políticas públicas. La mayoría de los países latinoamericanos están sujetos a diferentes acuerdos comerciales bilaterales y/o regionales, así como a cierto número de tratados bilaterales de inversiones (TBI). Entretanto, varias instituciones financieras globales y regionales, incluyendo el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, llevan a cabo actividades en la región a través de instrumentos de asistencia financiera y de otra índole.³⁷

De ello se deriva la cuestión de cómo los respectivos instrumentos del DEI afectan a los instrumentos y las prácticas del constitucionalismo transformador en el espacio jurídico latinoamericano. Desde la academia se ha señalado la posibilidad de conflictos entre las obligaciones estatales derivadas de acuerdos de comercio e inversión por un lado y las obligaciones derivadas de sus Constituciones nacionales y de los principales tratados internacionales de derechos humanos por el otro.³⁸ Además, un número creciente de casos llevados ante tribunales arbitrales de inversión afectan directa o indirectamente cuestiones de derechos humanos.³⁹ Mientras

³⁷ Al respecto, parece interesante que José Manuel Álvarez Zárate proponga contra el *Ius Constitutionale Commune* en América Latina la incipiente idea de un “*Ius Economicum Commune* en América Latina” que tiene como fondo el Consenso de Washington y consiste en normas del DEI y las normas correspondientes en las Constituciones nacionales; véase Álvarez Zárate, José Manuel en este volumen. Véase también Couso, Javier, “The «Economic Constitutions» of Latin America: Between Free Markets and Socioeconomic Rights”, en Dixon, Rosalind y Ginsburg, Tom (eds.), *Comparative Constitutional Law in Latin America*, Cheltenham/Massachusetts, Edward Elgar, 2017, pp. 343-359.

³⁸ Véase por ejemplo las contribuciones de Miguel Arenas Meza, de Juan Bautista Justo y Juan Pablo Bohoslavsky, así como la de Yira Segrera Ayala y Meylin Ortiz Torres en este volumen.

³⁹ Véase por ejemplo las contribuciones de Javier Echaide y Christina Binder en este volumen.

tanto, varios países latinoamericanos se han retirado o están considerando retirarse del CIADI o de tratados bilaterales específicos de inversión.⁴⁰ Asimismo, múltiples actividades de las instituciones financieras internacionales han resultado ser, a menudo, altamente controvertidas, entre otras razones, debido a sus efectos en los derechos humanos sociales y económicos.⁴¹ Adicionalmente surge la pregunta de cómo podrían ser reguladas las actividades de las empresas transnacionales para evitar y, en su caso, compensar las violaciones de derechos humanos por parte de estos actores en la región.⁴² Es ante este escenario que se plantea el reto de reflexionar sobre cómo se puede construir, desde una perspectiva jurídica, la relación entre el ICCAL y el DEI en un espacio jurídico latinoamericano.

III. EJES Y RETOS DE UN ESPACIO JURÍDICO COMÚN DESDE LA PERSPECTIVA DEL ICCAL

El ICCAL articula el impulso específico del constitucionalismo transformador en América Latina, el cual emerge o se renueva con los proyectos constitucionales a partir del fin de los regímenes autoritarios. El objetivo último es que en toda la región se cumplan efectivamente las promesas centrales de las Constituciones nacionales y que los diferentes países se integren dentro de una estructura de apoyo mutuo. Entre los mecanismos del constitucionalismo transformador, en la lectura de ICCAL, sobresalen la difusión de los estándares comunes, la compensación de los déficits nacionales y el fomento de una nueva dinámica de empoderamiento de los actores sociales.

Dos temas presentes en muchos países de la región están en el núcleo de la agenda del ICCAL: las profundas deficiencias institucionales y la exclusión. Frecuentemente estos déficits generan pobreza, inseguridad, violencia, impunidad y corrupción, y no es posible establecer y mantener una verdadera democracia constitucional sin superarlos. En este punto, existen concomitancias con el DEI en función de sus numerosas normas

⁴⁰ Véase el capítulo de José Gustavo Prieto Muñoz en este volumen. Cabe mencionar que esto no es una dinámica uniforme. De hecho, en enero de 2018 México firmó el Convenio del CIADI; véase Secretaría de Economía de México, *México firma el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados Nacionales y de Otros Estados*, comunicado de prensa del 11 de enero de 2018, disponible en: <https://www.gob.mx/se/prensa/mexico-firma-el-convenio-sobre-arreglo-de-diferencias-relativas-a-inversiones-entre-estados-nacionales-y-de-otros-estados?idiom=es>.

⁴¹ Véase las contribuciones de José Ma. Serna de la Garza, de Julio Faundez así como de Armin von Bogdandy y Franz Christian Ebert en este volumen.

⁴² Véase las contribuciones de Douglass Cassel y de Judith Schönsteiner en este volumen.

que reclaman estructuras fuertes de Estado de derecho.⁴³ Al mismo tiempo, al focalizarse en las instituciones que apoyan la actividad económica, su ámbito es más limitado que el del constitucionalismo transformador. Ello no implica en sí una incompatibilidad del DEI con el ICCAL, sin embargo trae consigo un diferente énfasis en cuanto a las prioridades de cada uno.

1. *Derechos humanos e inclusión social*

Los derechos fundamentales y humanos constituyen un eje clave del *Ius Constitutionale Commune*. Tres razones principales lo explican. En primer lugar, el contenido transformador de las Constituciones se plasma principalmente en las disposiciones sobre los derechos fundamentales. En segundo lugar, estos derechos son la piedra angular de la movilización de la sociedad civil.⁴⁴ Por último, las sentencias judiciales sobre derechos fundamentales y humanos son, a menudo, producto de la lucha de grupos sociales y estas dotan a los proyectos de aquellos grupos de una energía con un carácter específicamente jurídico.

Los derechos en el ámbito del *Ius Constitutionale Commune*, no obstante su anclaje universal, muestran una serie de características específicas. La primera es la importancia particular de grandes injusticias, sobre todo de la violencia.⁴⁵ Ello explica algunas innovaciones latinoamericanas que han sido acogidas internacionalmente, tales como la prohibición de amnistías por violaciones graves de derechos humanos,⁴⁶ y las obligaciones estatales

⁴³ Véase por ejemplo la contribución de Katia Fach Gómez en este volumen.

⁴⁴ Véase Tramontana, Enzamaría, “La participación de las ONG en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: avances, desafíos y perspectivas”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (eds.), *La Justicia Constitucional y su Internacionalización*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, t. II, pp. 533-556, en particular pp. 538-540.

⁴⁵ Véase para una teoría con tal base Günther, Klaus, “The Legacies of Injustice and Fear: A European Approach to Human Rights and their Effects on Political Culture”, en Alston, Philip (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 117-144.

⁴⁶ Corte IDH, *Caso Barrios Altos v. Perú*, Fondo, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C No. 75. Véase también Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154; Corte IDH, *Caso La Cantuta v. Perú*, Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de noviembre de 2007, Serie C No. 173; Corte IDH, *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) v. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C No. 219; Corte IDH, *Caso Gelman v. Uruguay*, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221.

frente al feminicidio⁴⁷ o a la desaparición forzada de personas.⁴⁸ Se subraya la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, es decir, de los derechos civiles y políticos respecto de los económicos, sociales y culturales.⁴⁹ Así, el derecho y los tribunales deberían estar al servicio de los grupos sociales marginados, como migrantes, pueblos indígenas y personas afrodescendientes.⁵⁰

De particular relevancia para el encuentro con el DEI es el tema de la exclusión. Todos los autores del ICCAL estamos de acuerdo en que este fenómeno afecta de modo desproporcional a determinados grupos en situación de vulnerabilidad y debe ser superado. La incompatibilidad con las premisas del constitucionalismo transformador es manifiesta cuando sectores enteros de la población carecen de las condiciones para integrarse en los sistemas sociales. No hay goce efectivo de los derechos cuando una cantidad significativa de personas no tiene acceso a la economía, al mercado laboral, a los servicios de salud, a la educación, a la política o al sistema judicial. El concepto de exclusión describe las dimensiones del desafío y permite comprender que en ciertas sociedades falla la integración social debido a que un sinnúmero de personas no reciben protección suficiente por parte de las instituciones.⁵¹

El ICCAL concibe el constitucionalismo transformador como un proyecto cuyo objetivo es la inclusión en el marco de los principios constitucionales.⁵² Como es bien sabido, las Constituciones contemporáneas no se limitan a la organización de la política, sino que incorporan una idea de sociedad. Las Constituciones latinoamericanas nuevas o reformadas después

⁴⁷ Corte IDH, *Caso González y otras ("Campo Algodonero") v. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C No. 205.

⁴⁸ Véase como caso emblemático Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, Fondo, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4.

⁴⁹ Véase von Bogdandy, Armin *et al.* (eds.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. I, 2011.

⁵⁰ Véase sobre esta problemática también Aldao, Martín *et al.*, "A Multidimensional Approach to Equality in the Inter-American Context: Redistribution, Recognition, and Participatory Parity", en von Bogdandy, Armin *et al.* (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 83-96, en especial pp. 86-87.

⁵¹ A favor de que la filosofía moral y la filosofía política actuales tengan en cuenta los intereses de todos: Sen, Amartya, *The Idea of Justice*, Londres, Allen Lane, 2009, p. 117.

⁵² Los atractivos del concepto de inclusión no han escapado a los políticos, quienes los usan como parte de sus enfrentamientos políticos. Sin embargo, este uso instrumental del concepto no impide que también pueda ser usado bajo una perspectiva académica.

de los regímenes autoritarios incorporaron muy claramente un mandato para enfrentar el autoritarismo, fortalecer las instituciones públicas, promover el bien común y superar la exclusión.

En particular, la inclusión se puede encarar en términos del derecho internacional económico: una sociedad nunca será verdaderamente próspera si no puede superar la exclusión,⁵³ y el derecho es un elemento crucial para lograr este objetivo. Paralelamente, el derecho también puede ser una herramienta para perpetuar la exclusión. Precisamente ese es uno de los problemas del DEI.⁵⁴

En conclusión, el énfasis en *lo social* es un rasgo distintivo del discurso sobre los derechos en América Latina. Dicho énfasis no se encuentra con la misma frecuencia o medida en los discursos predominantes en Europa o en Canadá, ni tampoco en los Estados Unidos. Algunos autores incluso hacen del problema de la desigualdad el núcleo central de su reflexión.⁵⁵ Este enfoque claramente cuestiona el derecho que sustenta el orden económico actual en la región, pero a la vez define un tema central de convergencia, el cual, según los postulados del ICCAL, se debería abordar en llave dialógica en la medida en que sea posible.

El enfoque expuesto no conduce inexorablemente a un choque con el DEI. Visto desde este nivel de abstracción y teniendo en cuenta las concepciones más recientes contenidas en instrumentos del DEI,⁵⁶ no solo se puede notar tensión, sino también sintonía, en la medida en que el desarrollo está establecido como un objetivo a lograr. No obstante, en la práctica, los dos campos jurídicos a menudo se encuentran en tensión, como lo muestran varias de las contribuciones de este libro.⁵⁷

⁵³ Solo basta con leer el *mea culpa* del neoliberalismo publicado en The Economist, “Liberalism after Brexit: The politics of anger”, *The Economist*, 2 de julio de 2016, disponible en: <https://www.economist.com/leaders/2016/07/02/the-politics-of-anger>.

⁵⁴ Véase en particular las contribuciones de Miguel Arenas Meza, Julio Faundez y Manuel Eduardo Góngora Mera en este volumen.

⁵⁵ Véase por ejemplo Aldao, Martín *et al.*, *op. cit.*; Piovesan, Flávia, “Ius Constitutionale Commune latinoamericano en derechos humanos e impacto del Sistema Interamericano: Rasgos, potencialidades y desafíos”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (eds.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pp. 61-81.

⁵⁶ Véase en particular los Objetivos de Desarrollo Sostenible que fueron adoptados por las Naciones Unidas en 2015, Asamblea General de las Naciones Unidas, *op. cit.*; acerca de la evolución de las actividades del Banco Mundial véase también Armin von Bogdandy y Franz Christian Ebert en este volumen.

⁵⁷ Véase las contribuciones de Javier Echaide, Julio Faundez y Miguel Arenas Meza en este volumen.

2. *Pluralismo dialógico*

El pluralismo dialógico tiene dos acepciones en el *Ius Constitutionale Commune*: es a la vez un objetivo del ICCAL y un medio para alcanzar dicho objetivo. Designa una modalidad de interacción social para la resolución de conflictos que al mismo tiempo supone la situación social a la cual aspira. Al igual que otros conceptos que aquí se han definido, el pluralismo dialógico está anclado en el discurso universal. No obstante, presenta características muy latinoamericanas.⁵⁸

Normalmente, con el pluralismo se describen tres fenómenos distintos.⁵⁹ En el derecho constitucional es un concepto antiguo que denota una sociedad en donde los distintos grupos se enfrentan los unos con los otros en procesos democráticos con respecto a una amplia gama de valores, intereses y formas de vida. En segundo lugar, se refiere a normas sociales que no forman parte del ordenamiento jurídico estatal.⁶⁰ El tercer fenómeno se refiere a la interacción entre distintos regímenes jurídicos. Si se da una mirada al contexto europeo se observa que dicho pluralismo obedece a la relación abierta entre el derecho constitucional estatal, el derecho de la Unión Europea y el derecho relativo al Convenio Europeo de Derechos Humanos.⁶¹

Podemos encontrar estas tres concepciones en el *Ius Constitutionale Commune* en América Latina, sin embargo, interactúan de forma más intensa en la región latinoamericana que en Europa. De nuevo, la exclusión es el factor más importante detrás de esta interacción. Para construir una sociedad verdaderamente plural en la región es indispensable, por ejemplo, procurar la inclusión de la población indígena y afrodescendiente, darles espacio en las instituciones estatales y reconocer que son grupos con valores e intereses específicos.

En el caso de los pueblos indígenas cabe subrayar la segunda noción del pluralismo, ya que a menudo estos grupos cuentan con un orden normativo propio y particular. La inclusión real exige una participación que comprenda sus órdenes normativos, pues justamente en esta materia han tenido lugar

⁵⁸ Para un análisis pionero véase Acosta Alvarado, Paola Andrea, *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: El caso interamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

⁵⁹ Véase Isiksel, Turkuler, “Global Legal Pluralism as Fact and Norm”, *Global Constitutionalism*, vol. 2, núm. 2, 2013, pp. 160-195.

⁶⁰ Véase von Benda-Beckmann, Franz, “Who’s Afraid of Legal Pluralism?”, *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 34, núm. 47, 2002, pp. 37-82, en particular pp. 60-62.

⁶¹ Véase con especial referencia a Europa Walker, Neil, “The Idea of Constitutional Pluralism”, *Modern Law Review*, vol. 65, núm. 3, 2002, pp. 317-359.

relevantes innovaciones constitucionales. Valga citar algunos ejemplos. Desde 2001, y como reacción al levantamiento zapatista en Chiapas, la Constitución mexicana dispone en su artículo 2 que la Nación mexicana es pluricultural y por ende también incluye a los pueblos indígenas como tales. Por su parte, la Constitución boliviana de 2009 integra principios éticos de los pueblos indígenas,⁶² así como la cosmología indígena y ciertas formas de propiedad colectiva.⁶³ En el *Ius Constitutionale Commune* se reconoce el potencial de estas disposiciones y el pluralismo proporciona una llave conceptual para su éxito, aunque es un desafío enorme incorporar de manera orgánica los principios de los pueblos indígenas a los Estados constitucionales modernos. Para el elemento *común* del *Ius Constitutionale Commune* queda también claro que se debe dejar un amplio espacio a la diversidad, respondiendo así a las numerosísimas y diversísimas formas del tejido social y cultural de los pueblos latinoamericanos.

Asimismo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana tiene sustento en el pluralismo social en tanto sus sentencias paradigmáticas son el fruto del litigio estratégico de grupos de la sociedad civil.⁶⁴ De la misma manera, sus sentencias habitualmente apoyan al pluralismo social o al pluralismo étnico-cultural. La firmeza con la cual actúa respecto a situaciones internas ha hecho de su relación con los tribunales nacionales un tema clave.⁶⁵ En este sentido, el concepto de pluralismo puede ser considerado como un concepto central en relación con el encuentro entre el ICCAL y el DEI.⁶⁶

La figura central de esta discusión se denomina control de convencionalidad y representa el núcleo doctrinal del *Ius Constitutionale Commune*. El control de convencionalidad exige a los órganos nacionales la aplicación de la Convención Americana de conformidad con la interpretación que la Corte haya hecho de la misma. Según esta jurisprudencia, todos los actos estatales, incluyendo los actos que implementan instrumentos del DEI o la ejecución de laudos internacionales, quedan sujetos a un control de su con-

⁶² *Cfr.* con el artículo 8: “El Estado asume y promueve como principios éticomorales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble)”.

⁶³ Prada Alcoreza, Raúl, “Análisis de la nueva Constitución Política del Estado”, *Crítica y emancipación. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales*, vol. 1, núm. 1, 2008, pp. 48-50.

⁶⁴ Piovesan, Flávia, “Ius Constitutionale Commune...”, *cit.*, pp. 72 y ss.

⁶⁵ Véase por ejemplo Huneeus, Alexandra, “Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court’s Struggle to Enforce Human Rights”, *Cornell International Law Journal*, vol. 44, núm. 3, 2011, pp. 493-533.

⁶⁶ Véase con respecto a los pueblos indígenas la contribución de Paulina Barrera Rosales en este volumen.

formidad con la Convención, y en caso de conflicto con la misma no pueden ser aplicados por los tribunales nacionales.⁶⁷ La dimensión constitucional es evidente,⁶⁸ en especial, debido a que los temas tratados son altamente políticos y son temas sobre los cuales ciertos grupos sociales se encuentran en profundo desacuerdo. No sorprende entonces que la jurisprudencia sobre el control de convencionalidad haya suscitado un rico debate.⁶⁹ El reto consiste en ajustar cuidadosamente su potencial transformador con el entramado institucional y la distribución de competencias a nivel estatal. Obviamente, el control de convencionalidad plantea interrogantes en lo concerniente al DEI, como se refleja en esta obra.⁷⁰

A primera vista, el control de convencionalidad se podría entender como una supremacía rígida de la Convención Americana, tal como ha sido desarrollada por la Corte Interamericana, sobre el DEI. Sin embargo, no necesariamente debe ser así dado que el concepto mismo de pluralismo reconoce la diversidad de los regímenes. Incluso otros conceptos similares se perfilan hacia la descripción de la situación, como por ejemplo: redes de colaboración horizontal,⁷¹ trapecio,⁷² redes constitucionales,⁷³ normativismo supranacional,⁷⁴ transconstitucionalismo.⁷⁵ Todos superan la idea

⁶⁷ Sobre la evolución de este concepto véase Ibañez Rivas, Juana María, “Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 8, 2012, pp. 108-111.

⁶⁸ Expuesto sutilmente por Burgorgue-Larsen, Laurence, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como tribunal constitucional”, en von Bogdandy, Armin *et al.*, *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pp. 421-457.

⁶⁹ Véase Henríquez Viñas, Miriam y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *El Control de Convencionalidad: Un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile*, Santiago de Chile, DER Ediciones, 2017; y González-Domínguez, Pablo, *The Doctrine of Conventionality Control. Between Uniformity and Legal Pluralism in the Inter-American Human Rights System*, Cambridge *et al.*, Intersentia, 2018.

⁷⁰ Véase la contribución de Juan Bautista Justo y Juan Pablo Bohoslavsky en este volumen.

⁷¹ Pampillo Baliño, Juan Pablo, “The Legal Integration of the American Continent: An Invitation to Legal Science to Build a New Ius Commune”, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. 17, núm. 3, 2011, p. 519.

⁷² Piovesan, Flávia, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, São Paulo, Limonad, 1996, p. 67.

⁷³ Bustos Gisbert, Rafael, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, México, Porrúa, 2012, p. 13 y ss.

⁷⁴ Gordillo, Augustín *et al.*, *Derechos humanos*, 5a ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2005, pp. III-10, con referencias adicionales.

⁷⁵ Neves, Marcelo, *Transconstitucionalismo*, São Paulo, Martins Fontes, 2009, pp. 115 y ss.

arraigada de un orden jurídico jerárquico y muestran el camino hacia soluciones más matizadas.

Las perspectivas pluralistas se dividen principalmente en dos campos. La posición más radical parte de la visión de que los conflictos que se ocasionan son conflictos de poder que difícilmente pueden ser abordados desde el razonamiento jurídico.⁷⁶ La interacción entre los derechos humanos y el DEI es analizada bajo esta óptica.

La posición del diálogo tiene otro un punto de partida: la observación de que los diversos regímenes jurídicos e instituciones normalmente desarrollan relaciones jurídicas estables que son guiadas por consideraciones jurídicas, aunque estos tiendan a proteger su independencia institucional. Esta posición sostiene que los conflictos fundamentales son la excepción: la regla consiste más bien en una relación de cooperación.⁷⁷ Y a los fines de que esa relación funcione, parece útil que ambos regímenes comprendan sus áreas como parte de un espacio jurídico compartido.⁷⁸ Los representantes del *Ius Constitutionale Commune* optan por el pluralismo dialógico y así reconstruyen la interacción entre la Corte Interamericana y los tribunales nacionales. La presente publicación de destina, en concreto, a examinar hasta qué punto este enfoque puede ser aplicado a la interacción con el DEI.

Al respecto, conviene insistir que el diálogo no requiere armonía. Severas diferencias no impiden el diálogo. Sin embargo, es imprescindible que los interlocutores de las distintas ramas y regímenes jurídicos reconozcan y asuman una responsabilidad común en el despliegue del desarrollo social en el espacio jurídico latinoamericano. Si estas condiciones no se dan, no hay diálogo sino únicamente interacción. El *Ius Constitutionale Commune*, como concepto jurídico específico, propone reconocer y asumir una responsabilidad común entre los actores implicados. A la luz del pluralismo debe entenderse que los dos campos mantienen sus propiedades e incluso incompatibilidades, lo que también implica que los derechos humanos no se convierten en un instrumento del DEI.⁷⁹

⁷⁶ Véase al respecto Fischer-Lescano, Andreas y Teubner, Gunther, “Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law”, trad. de Michelle Everson, *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, núm. 4, 2004, p. 1003.

⁷⁷ Burgogue-Larsen, Laurence et al. (eds.), *Les interactions normatives. Droit de l'Union européenne et droit international*, París, Pedone, 2012.

⁷⁸ Véase en detalle la contribución de René Urueña en este volumen.

⁷⁹ Para un debate sobre este punto con respecto al derecho internacional del comercio véase Petersmann, Ernst-Ulrich, “Time for a United Nations «Global Compact» for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration”, *European Journal of International Law*, vol. 13, núm. 3, 2002, pp. 621-650; Alston,

3. Institucionalidad y democracia

El ICCAL es un enfoque jurídico que afirma la relevancia del derecho en los procesos de transformación social, mientras el DEI define entre sus objetivos el fomento del desarrollo económico. En tal virtud ambos campos del derecho se ven afectados por un grave problema en la región: la débil institucionalidad. Muchos países de la región tienen resultados deficientes en los indicadores de gobernanza, incluyendo el Índice Internacional de Percepción de Corrupción⁸⁰ y el Índice sobre el Estado de derecho,⁸¹ entre otros. Sin duda, esta situación erosiona la confianza en las instituciones democráticas.⁸²

Cabe enfatizar que, por lo general, el derecho en América Latina no es débil, sino más bien inequitativamente eficaz. En algunos aspectos, frecuentemente relacionados con las actividades de las empresas, el derecho tiene una fuerza vinculante efectiva que protege los intereses hegemónicos o consolidados. En este contexto, el DEI tiene incidencia mediante los actos y contratos nacionales que protege.

En evidente contraste, hay otras áreas en las que el derecho carece de eficacia para proteger a quienes se encuentran en una posición social de vulnerabilidad o exclusión.⁸³ Para estos últimos, el Estado de derecho es más un objetivo lejano que una realidad constante,⁸⁴ y puede, en algunas ocasiones, incluso parecer una simple fachada. En varios casos, esta situación es el resultado de la simple falta de voluntad de las autoridades para cumplir con la ley, mientras que en otros obedece a la debilidad de las capacidades

Philip, “Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann”, *European Journal of International Law*, vol. 13, núm. 4, 2002, pp. 815-844.

⁸⁰ Véase en la página <https://www.transparency.org/research/cpi/overview>.

⁸¹ Véase en la página: <https://worldjusticeproject.org/our-work/wjp-rule-law-index/wjp-rule-law-index-2017%E2%80%932018>.

⁸² Zovatto, Daniel, “The State of Democracy in Latin America”, *Brookings*, 15 de septiembre de 2014, disponible en: <https://www.brookings.edu/opinions/the-state-of-democracy-in-latin-america>; Helmke, Gretchen y Levitsky, Steven (eds.), *Informal Institutions and Democracy, Lessons from Latin America*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 2006. Sobre la manera como las instituciones formales e informales interactúan en las nuevas democracias: Blake, Charles H. y Morris, Stephen D. (eds.), *Corruption and Democracy in Latin America*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 2009.

⁸³ Méndez, Juan E. et al., *The (Un)Rule of Law and the Underprivileged in Latin America*, Chicago, University of Notre Dame Press, 1999. Véase también de la Barreda Solórzano, Luis, *La sociedad mexicana y los derechos humanos. Encuesta Nacional de Derechos Humanos. Discriminación y Grupos Vulnerables*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, pp. 201-202 con respecto a las percepciones de la población mexicana.

⁸⁴ Neves, Marcelo, *A constitucionalização simbólica*, São Paulo, Martins Fontes, 2007.

de los Estados y a la existencia de instituciones, procedimientos y prácticas deficientes.⁸⁵ Existen zonas en los países de la región o ámbitos en los cuales las instituciones públicas no intervienen o no tienen la capacidad para enfrentar a actores privados poderosos, ni siquiera para proteger los derechos más básicos.⁸⁶ El avance en materia de derechos humanos requiere la construcción de instituciones fuertes, cambios en la cultura política y transformaciones en las estructuras sociales y económicas.

Al mismo tiempo, existe evidencia de instituciones exitosas para el proyecto de un constitucionalismo transformador. Por ejemplo, los jueces han comprendido que también pueden asumir un rol en la construcción de sociedades más justas. En consecuencia, no se trata de ciencia ficción cuando se hace referencia a un conjunto de acontecimientos de alto impacto en el proceso de configuración de un constitucionalismo regional común.

Dentro del ICCAL existe plena conciencia de que el avance de una agenda transformadora por medio de procesos jurídicos genera considerables retos. Está claro que el Poder Judicial no puede sustituir la aprobación de políticas públicas por parte de las instituciones políticas. Además, si se percibe una *politización* de los tribunales,⁸⁷ eso puede debilitar el fundamento jurídico de su legitimidad.⁸⁸ No obstante, lo que se necesita no es una discusión abstracta sobre la función de los tribunales dentro del sistema político, sino más bien un debate acerca de su rol en el contexto social y político específico de América Latina, más aún cuando existen fenómenos de exclusión y debilidad institucional como los descritos previamente.⁸⁹ Lo anterior

⁸⁵ Véase Hernández, Antonio M. *et al.*, *Encuesta de cultura constitucional: Argentina, una sociedad anómica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005; Fix-Fierro, Héctor *et al.*, *Entre un buen arreglo y un mal pleito*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 101.

⁸⁶ Véase García Villegas, Mauricio y Espinosa R., José Rafael, *El derecho al estado. Los efectos legales del apartheid institucional en Colombia*, Bogotá, Dejusticia, 2013; Risse, Thomas y Ropp, Stephen C., "Introduction and Overview", en Risse, Thomas *et al.* (eds.), *The Persistent Power of Human Rights. From Commitment to Compliance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 17 y 18.

⁸⁷ Esto se plantea, por ejemplo, en la contribución de José Manuel Álvarez Zárate en este volumen.

⁸⁸ Gloppen, Siri, "Courts and Social Transformation: An Analytical Framework", en Gargarella, Roberto *et al.* (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies*, Londres, Routledge, 2006, pp. 35-59, en especial p. 39. Véase también la contribución de José Manuel Álvarez Zárate en este volumen.

⁸⁹ Véase por ejemplo con respecto a la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia relativa al desplazamiento forzado Rodríguez Garavito, César y Rodríguez Franco, Diana, *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Colección Dejusticia, 2010, pp. 67-79.

lleva a considerar, ante todo, qué otros medios se encuentran disponibles para enfrentar estas cuestiones, cuál es su grado de efectividad y con qué opciones cuentan los grupos vulnerables para superar sus problemas.⁹⁰ Cuando las instituciones políticas están bloqueadas o cooptadas, existe un contexto idóneo para que los tribunales intervengan. Como reconocen diversas teorías de la democracia, los tribunales tienen legitimidad para intervenir cuando el procedimiento democrático es deficitario.⁹¹

Otro elemento que propicia la debilidad del gobierno democrático es la innegable conexión entre el poder público y las fuerzas económicas privadas. Unas y otras se refuerzan mutuamente en una especie de círculo vicioso. Incluso se sostiene que la captura de las instituciones por parte de la élite ha cegado a los gobiernos.⁹² Con frecuencia, las reglas del juego político y económico son establecidas por los titulares del poder y el contenido de esas reglas busca que esas mismas élites puedan mantener una posición hegemónica.⁹³ En base al contexto histórico de la industria colonial se ha puesto de relieve el objetivo de la extracción de las riquezas del nuevo mundo con el fin de beneficiar a la Corona y a una pequeña élite, en detrimento de la mayor parte de la población.⁹⁴ Este modelo se ha perpetuado desde que “aquellos que tienen riqueza han escrito las reglas políticas”.⁹⁵ La Constitución de Chile de 1980 puede ser leída bajo esta perspectiva porque creó un sistema económico que ha logrado perpetuar la mencionada distribución tradicional de la riqueza.⁹⁶

Quizá el impacto más directo del DEI en América Latina es el desplazamiento progresivo del Estado causado por los programas de ajuste estructural impulsados por el Consenso de Washington durante los años 80

⁹⁰ Gloppen, Siri, *op. cit.*, p. 39.

⁹¹ Véase por ejemplo Hart Ely, John, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Cambridge University Press, 1980.

⁹² Higley, John y Gunther, Richard (eds.), *Elites and Democratization in Latin America and Southern Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992; Cannon, Barry, *The Right in Latin America: Elite Power, Hegemony and the Struggle for the State*, Nueva York, Routledge, 2016.

⁹³ Vanden, Harry E. y Prevost, Gary, *Politics of Latin America: The Power Game*, 5a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2015, p. 154.

⁹⁴ Véase, entre tantos otros, Leal, Claudia y Van Ausdal, Shawn, “Paisajes de libertad y desigualdad: historias ambientales de las costas Pacífica y Caribe de Colombia”, en Göbel, Barbara et al. (eds.), *Desigualdades socioambientales en América Latina*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2014, pp. 169-209.

⁹⁵ Prevost, Gary y Vanden, Harry, *Latin America: An Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 187 (traducción propia).

⁹⁶ Couso, Javier, “Trying Democracy in the Shadow of an Authoritarian Legality: Chile’s Transition to Democracy and Pinochet’s Constitution of 1980”, *Wisconsin International Law Journal*, vol. 29, núm. 2, 2012, pp. 393-415, especialmente p. 400.

y 90. A raíz de dichos programas, el poder de la élite económica de la región en gran medida ha perdurado. Entre los ejemplos se señalan las políticas tributarias y los presupuestos con un sesgo a favor de la élite económica.⁹⁷

El constitucionalismo transformador debe ocuparse de enfrentar esos retos. Desde luego, no se trata de una fórmula para traer el cielo a la tierra, pero los desafíos de América Latina demuestran que no existe una razón para perder la esperanza y que el derecho es una pieza esencial para cualquier transformación en la región. Atenuar las tensiones con el DEI así como explorar posibles sinergias con esta rama del derecho representa una tarea insoslayable.

IV. LA ESTRUCTURA DEL LIBRO

Esta obra colectiva es el producto de varios encuentros entre expertos en derecho constitucional y expertos en DEI llevados a cabo en distintas universidades latinoamericanas y en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público en Heidelberg. Recopila aproximaciones a la temática desde diversos puntos de partida y enfoques metodológicos. Su propósito es proporcionar un primer acercamiento a la materia, a través del cual se pretende sentar las bases para futuras investigaciones en este ámbito. Al respecto, el foco se sitúa en el derecho de inversiones, las instituciones financieras internacionales, el derecho del comercio y la regulación de las empresas.

El libro se entiende como un esfuerzo de compilar perspectivas de autores de campos jurídicos —e ideológicos— diferentes. El subtítulo del libro “de la tensión al diálogo” describe precisamente la aspiración de contribuir a un intercambio cada vez más fructífero entre estas dos comunidades epistémicas. Los coordinadores de este volumen han privilegiado la expresión de las visiones de los autores individuales en vez de adoptar un enfoque unitario. Por ello, no todas las reflexiones de los distintos autores son necesariamente compartidas por los demás colaboradores, ni representativas del proyecto ICCAL como tal.

⁹⁷ Véase por ejemplo las contribuciones en Eckstein, Susan Eva y Wickham-Crowley, Timothy (eds.), *What Justice? Whose Justice? Fighting for Fairness in Latin America*, Oakland, University of California Press, 2003.

1. *Nuevos enfoques para concebir una relación difícil*

En la primera parte de esta obra se desarrollan nuevos enfoques conceptuales para concebir la compleja relación entre el acervo normativo del ICCAL y el DEI. Luego de este capítulo introductorio, Manuel Eduardo Góngora Mera sitúa al ICCAL en el debate acerca de las colisiones entre regímenes normativos en el derecho internacional. Basándose en una categorización de los problemas que resultan de la fragmentación del derecho internacional según el tipo de relación entre los distintos regímenes, el autor desarrolla una postura sobre la relación entre el acervo normativo del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) y el DEI. En particular, propone una “aplicación preferente” a favor del DIDH en los casos en los que exista una incompatibilidad absoluta entre el DEI y el *ius cogens* o las normas fundamentales del DIDH. En cambio, para casos que afectan a otros estándares del DIDH o en los cuales los conflictos pueden ser superados, se plantean reglas de solución de conflictos para facilitar una relación cooperativa entre ambos regímenes. Igualmente se esbozan propuestas que facilitarían responsabilizar a las empresas transnacionales por violaciones de derechos humanos.

El capítulo de René Urueña reflexiona sobre los posibles aportes del ICCAL para analizar la relación entre los regímenes jurídicos de los derechos humanos y el derecho internacional de inversiones (DII), enfatizando dos aportes principales. Por una parte, se argumenta que el ICCAL puede proporcionar una teoría normativa acerca del peso relativo que debiera ser otorgado a los diferentes regímenes jurídicos que intervienen en el espacio jurídico latinoamericano. Este enfoque posibilita ir más allá de las concepciones de la “fragmentación” y del “conflicto” entre los respectivos regímenes, además de permitir avances en la agenda del ICCAL. Por otra parte, el autor propone que el ICCAL sea utilizado como una “teoría de subsidiariedad”, mediante la cual se determinen los supuestos en los cuales los tribunales de inversión deberían mostrar deferencia con respecto a las decisiones nacionales.

2. *Aproximaciones desde otros enfoques*

La segunda parte se destina a otros enfoques académicos que se centran en la relación del DEI con los derechos humanos y, de modo más general, con el interés público. Un primer acercamiento a la materia es proporcionado por el capítulo de Julio Faundez, el cual examina a través de tres estudios de caso las implicaciones del derecho internacional en las políticas de recursos

naturales en Brasil, Chile y Ecuador. El autor muestra que, a pesar de los diferentes contextos, las políticas de los tres países están sujetas a tendencias parecidas que priorizan la implementación de las normas del DEI sobre las disposiciones relativas a la protección ambiental y a los pueblos indígenas. El llamado “consenso de los *commodities*”, según afirma el autor, corre el riesgo de menoscabar derechos fundamentales sin promover un desarrollo equitativo y sostenible.

El trabajo de José Ma. Serna de la Garza considera las implicaciones que tienen las actividades de las instituciones financieras internacionales (IFIs) sobre la capacidad regulatoria de los Estados de la región latinoamericana. El autor explora el concepto de gobernanza que promueven algunas IFIs, así como otros instrumentos regulatorios relacionados, como la privatización y la contractualización. Basándose en un estudio de caso de un grave incendio en una guardería en México, el autor señala que los mencionados instrumentos, junto con la falta de institucionalidad para la prestación de servicios públicos básicos, tuvieron un papel fundamental en ese suceso. El autor pone de relieve que, sin las medidas de precaución necesarias, estos aspectos pueden conllevar complicaciones relativas a la eficacia de los servicios públicos, así como a la seguridad de los beneficiarios.

El capítulo de Javier Echaide somete el derecho internacional de inversiones (DII) a un análisis crítico con respecto a las consecuencias que entraña para los derechos humanos y la gobernabilidad democrática. Después de ofrecer una perspectiva general sobre los déficits del DII, el autor concreta los puntos de conflicto entre el DII y los derechos humanos, tomando como ejemplo el sector del agua potable y saneamiento en Argentina. Sobre esta base, el autor formula varias propuestas cuya implementación puede hacer posible la protección de los derechos humanos y reforzar la gobernabilidad democrática en el marco del DII.

La contribución de Stephan Schill y Vladislav Djanic aborda el DII en torno a su relación con los intereses de la comunidad. Los autores argumentan que contrariamente a lo que sugiere una parte importante del debate crítico actual, el DII y los intereses de la comunidad no son intrínsecamente antagónicos. Más bien se puede concebir el DII como un instrumento que también persigue la promoción de ciertos intereses comunitarios, como el crecimiento económico y el desarrollo sostenible. Igualmente se sostiene que los conflictos entre el DII y los intereses de la comunidad pueden ser atenuados a través de varias herramientas ya existentes, tanto sustantivas como procedimentales. Adicionalmente, se analiza la necesidad de ciertos cambios relativos al DII, así como una “reorientación conceptual” del mismo, con la finalidad de facilitar la resolución de los déficits subsistentes.

Por último, Douglass Cassel se dedica al estudio de la relación entre las empresas y los derechos humanos y su posible regulación mediante un tratado negociado bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Después de una presentación de los antecedentes y el contexto jurídico y político actual, se delinean diferentes opciones de tratado, entre las cuales los negociadores tendrán que elegir. Aspectos claves incluyen el campo de aplicación de las obligaciones, el contenido de las normas sustantivas, los destinatarios de las mismas y la cuestión de una eventual aplicación extra-territorial.

3. La relación entre ICCAL y DEI en general

La tercera parte comprende temas concernientes al vínculo entre el ICCAL y el DEI, pero más desde la perspectiva del ICCAL. Se empieza con el análisis de Juan Bautista Justo y Juan Pablo Bohoslavsky referido a la posible aplicación del control de convencionalidad al DEI, tomando como paradigma el derecho de la OMC y de las inversiones. Los autores plantean que las decisiones de los órganos del DEI sean sometidas a un control de convencionalidad ejercido por las autoridades internas en los Estados parte de los tratados internacionales de derechos humanos. El capítulo desarrolla los fundamentos históricos, teóricos y jurídicos de este argumento, sistematiza diferentes escenarios de conflicto entre las normas del DEI y del DIDH y explica las consecuencias de una posible aplicación del control de convencionalidad. Los autores concluyen con la propuesta de alternativas para evitar conflictos entre las normas relativas a los derechos humanos y el DEI.

José Manuel Álvarez Zárate presenta una crítica al ICCAL contrastándolo con un constitucionalismo económico latinoamericano. El autor, entre otros aspectos, argumenta que varios factores relacionados con el ICCAL impiden el diálogo con el DEI, aunque señala que se puede percibir una comunicación entre el derecho económico y los derechos humanos en el marco del derecho constitucional. Álvarez Zárate concluye mostrando determinados factores que podrían facilitar la creación de tal diálogo entre ambos regímenes jurídicos. Al respecto, expone su postura contraria ante las interpretaciones expansivas por parte de tribunales internacionales, incluso cuando sea para la promoción de los derechos humanos, porque éstas pueden, según el autor, perjudicar a la democracia y al Estado de derecho.

El capítulo de Paulina Barrera Rosales somete a escrutinio la relación ICCAL-DEI en cuanto a los pueblos indígenas. Subraya las diferencias epistemológicas entre el discurso convencional y las cosmovisiones de los

pueblos indígenas con respecto a conceptos claves para la relación entre el ICCAL y el DEI, como la propiedad y el desarrollo. Frente a la distancia epistemológica constatada, la autora argumenta que una concepción del pluralismo y del diálogo que otorgue espacio para dichas cosmovisiones y dé voz a los pueblos indígenas puede enriquecer el nexo entre ambos ámbitos jurídicos.

El tema de los pueblos indígenas también es tratado por Yira Segreera Ayala y Meylin Ortiz Torres. Las autoras analizan detalladamente el TLC entre los Estados Unidos y Colombia a la luz del ICCAL con respecto a sus implicaciones para los derechos de los pueblos indígenas, teniendo en cuenta el riesgo derivado de la normativa atinente a la protección de inversiones extranjeras. En particular advierten el peligro generado por otros componentes de dicho tratado, como es el caso de las reglas sobre propiedad intelectual. Se afirma que estos riesgos no son suficientemente mitigados por otras disposiciones del tratado, lo cual resalta la necesidad de reflexionar sobre la introducción de cláusulas especiales para garantizar la protección de los pueblos indígenas.

La contribución de Armin von Bogdandy y Franz Christian Ebert examina las actividades del Banco Mundial desde la perspectiva del constitucionalismo transformador y en clave del ICCAL. Se argumenta que, aunque las fricciones de las actividades del Banco Mundial con los objetivos de este constitucionalismo transformador se han atenuado paulatinamente, sigue habiendo varios problemas al respecto. Utilizando un enfoque de derecho público como marco analítico, los autores destacan algunos instrumentos clave mediante los que el Banco impacta en múltiples aspectos del constitucionalismo transformador. Sobre esta base, se enuncian varias opciones que pueden facilitar un acercamiento entre los instrumentos del Banco Mundial y los objetivos y principios del constitucionalismo transformador.

La tercera parte del libro concluye con una contribución de Judith Schönsteiner que vincula el ICCAL con la temática sobre empresas y derechos humanos. La autora enmarca los estándares internacionales en el contexto latinoamericano y revisa las iniciativas específicas de ciertos actores en la región. Al usar la experiencia de Chile como punto de referencia, la autora explora el potencial del concepto de diálogo propuesto por el ICCAL para concebir la relación entre actores estatales y no-estatales a nivel interno e internacional en cuanto a la determinación de las obligaciones en materia de derechos humanos con respecto a las actividades de las empresas.

4. *La relación entre ICCAL y derecho internacional de inversiones en particular*

La cuarta y última parte del libro se centra en el ámbito del derecho internacional de inversiones (DII), tomando en consideración su carácter controvertido en América Latina. El capítulo de José Gustavo Prieto Muñoz ofrece las bases conceptuales para reevaluar la relación entre el ICCAL y el DII. Partiendo de una concepción del arbitraje de inversiones como un ejercicio de autoridad pública, el autor evalúa diversas posibilidades para reaccionar a los desafíos planteados por el DII. Prieto ve poco potencial en los intentos de reestablecer una completa soberanía del Estado y considera que una reforma externa es deseable pero políticamente compleja y difícil de realizar a corto plazo. El autor plantea que es más prometedor apostar paralelamente por una reforma interna del DII, fundamentada en una unificación del discurso jurídico en la región que pueda servir como puente para internalizar principios fundamentales del ICCAL en el DII.

La contribución de Miguel Arenas Meza analiza el nexo entre el DII y los derechos humanos a raíz del concepto de inclusión social. Con base en una amplia jurisprudencia de los tribunales de arbitraje de inversiones, el autor identifica las implicaciones de los acuerdos internacionales de inversión y los laudos arbitrales en los derechos humanos que pueden obstaculizar la inclusión social en los países concernidos. Varias estrategias y mecanismos son explorados para minimizar dichos impactos, incluyendo referencias a los instrumentos regionales de derechos humanos en los respectivos acuerdos. De igual modo, el autor propone una interpretación contextual de los acuerdos que incluiría una evaluación del efecto que tienen en los derechos humanos las medidas ordenadas.

Christina Binder, frente al contexto de la fragmentación del derecho internacional, estudia cómo evitar los efectos adversos del sistema de arbitraje de inversiones sobre los derechos de los pueblos indígenas. Después de una descripción del potencial de conflicto entre el DIDH y el DII en materia de derechos de los pueblos indígenas, sistematiza los mecanismos que existen para tener en cuenta los derechos de los pueblos indígenas en el arbitraje de inversiones. Asimismo, sugiere los elementos de reforma de los acuerdos internacionales de inversiones con la finalidad de facilitar el diálogo y enfrentar los conflictos entre el DII y los derechos de los pueblos indígenas.

El capítulo de Magdalena Correa Henao aborda la tensión entre el DII y los sistemas constitucionales internos, utilizando como ejemplo el caso de Colombia. La autora, una vez descrito el diseño constitucional interno rela-

tivo a la incorporación de tratados internacionales, sitúa el foco en la cláusula de expropiación indirecta y su estructura normativa. A continuación realiza un análisis del proceso de aprobación y de la revisión de constitucionalidad de los acuerdos de inversiones que contienen dicha cláusula. Plantea que se pueden encontrar argumentos convincentes de naturaleza constitucional para proponer reformas normativas y una reinterpretación de las competencias internas para promover una revisión más rigurosa respecto a estos tratados por parte de la Corte Constitucional de este país.

El capítulo de María José Luque Macías examina, a la luz del ICCAL, en qué medida las reglas que gobiernan el procedimiento del arbitraje internacional pueden asegurar un cierto nivel de transparencia procesal, así como la participación de terceros, a objeto de reducir el déficit de legitimidad del sistema de arbitraje de inversiones. La autora pone de relieve dos nuevas iniciativas que han surgido en la región latinoamericana, a saber el Centro de Resolución de Controversias en Materia de Inversiones de la Unión de Naciones Suramericanas (Unasur) y los Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones concluidos entre Brasil y otros Estados latinoamericanos. El argumento principal se refiere a la insuficiencia de los mecanismos de transparencia y participación de terceros en ambas iniciativas y la autora considera algunas alternativas al respecto.

El libro finaliza con el capítulo de Katia Fach Gómez dedicado al potencial del arbitraje de inversiones para contribuir a la lucha contra la corrupción y, por ende, reforzar la institucionalidad democrática. Después de exponer las iniciativas contra la corrupción que convergen en la región latinoamericana, la autora investiga la postura adoptada por parte de los tribunales de arbitraje de inversiones en relación a la corrupción en la esfera internacional. Sobre esta base, Fach Gómez enumera propuestas jurídicas con el objetivo de convertir el arbitraje de inversiones en un instrumento más eficaz en la batalla contra la corrupción en América Latina.

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 v. 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.

DESPUÉS DE LA FRAGMENTACIÓN: ICCAL, DERECHOS HUMANOS Y ARBITRAJE DE INVERSIONES

René URUEÑA*

SUMARIO: I. *Introducción al derecho de protección de inversiones extranjeras.* II. *Más allá de la fragmentación: Reconsiderando el “conflicto” entre derechos humanos y arbitraje de inversiones.* III. *El ICCAL como metodología: El “espacio jurídico” latinoamericano.* IV. *El ICCAL como una teoría de subsidiariedad: el “estándar de revisión” en el arbitraje de inversiones.* V. *Conclusión.*

El presente capítulo busca explorar dos preguntas interrelacionadas: (1) ¿cómo puede contribuir el *Ius Constitutionale Commune en América Latina* (ICCAL) al análisis de la relación entre el arbitraje de inversiones y los derechos humanos?; y, (2) ¿En qué sentido puede una participación en ese debate avanzar la agenda de investigación del ICCAL? La respuesta a estas preguntas, que este texto propone, es multidimensional. El ICCAL puede contribuir con dos conceptos claves a la relación entre el arbitraje de inversiones y los derechos humanos. Primero, el ICCAL puede proveer una teoría normativa sobre el peso que debe ser reconocido a los regímenes jurídicos que operan en el espacio jurídico latinoamericano, la cual nos permita ir más allá de la narrativa de la fragmentación y la idea de “conflicto” entre la protección de inversiones y los derechos humanos. Segundo, el ICCAL puede servir como una guía de subsidiariedad en el derecho de protección de inversiones, mediante la cual se defina en qué casos los árbitros internacionales deben tener deferencia hacia las decisiones nacionales y en qué casos no.

Estas dos contribuciones son útiles, en sí mismas, para el debate sobre derechos humanos y arbitraje de inversiones. Adicionalmente, las mismas avanzan la frontera de posibilidades en la agenda de investigación del ICCAL. La primera pone sobre la mesa, un “ICCAL reforzado” —un ICCAL(+),

* Profesor asociado y director de investigaciones, Universidad de Los Andes (Colombia).

si se quiere. Mientras que los estudios del ICCAL hasta el momento han explorado los principios comunes de los sistemas constitucionales nacionales y su relación con el sistema interamericano, esta contribución implica un estudio de la relación de los principios comunes del ICCAL con otros regímenes jurídicos transnacionales, así como una teoría normativa basada en los principios del ICCAL para leer estas interacciones. Por su parte, la segunda contribución (la teoría de subsidiariedad) permite avanzar la reflexión en el ICCAL respecto a la asignación vertical de la autoridad: ¿es siempre deseable la internacionalización de las decisiones?

Para hacer este argumento, el capítulo procede de la siguiente forma. La primera parte hace una introducción al derecho de la inversión. Los lectores familiares con ese sistema podrán obviar esa sección, sin mayores consecuencias. La segunda parte argumenta que una lectura de la interacción entre derechos humanos y arbitraje de inversiones como un “conflicto” es equivocada. De allí, las partes tres y cuatro formulan la contribución que el ICCAL puede hacer a este debate, subrayando en cada sección la forma en que tal contribución puede avanzar la agenda investigativa del ICCAL. Finalmente, la quinta parte concluye afirmando las posibilidades del ICCAL de servir como un prisma útil para explorar la relación entre el derecho económico internacional y los derechos humanos.

I. INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES EXTRANJERAS¹

Si bien es cierto que el derecho internacional de la inversión extranjera existe desde el siglo XIX, su relevancia en términos geopolíticos ha aumentado de manera radical en los últimos diez años.² Existen al menos tres razones para este renovado interés. De una parte, la expansión de los denominados Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) ha implicado un cambio importante en las disciplinas aplicables a los Estados anfitrión, volviéndolas más restrictivas.³ Segundo, la expansión, también a través de TBI, de la posibilidad para el in-

¹ Esta introducción al arbitraje de inversiones se basa en Urueña, René, *No Citizens Here: Global Subjects and Participation in International Law*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 76-83; Urueña, René y Prieto, Enrique, “¿Vino viejo, botellas nuevas? A propósito del Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre Canadá y la Unión Europea”, *Revista Acuerdos – Ministerio de Comercio Industria y Turismo*, vol. 5, 2016, pp. 8-24.

² Véase Álvarez, José E., *The Public International Law Regime Governing International Investment*, Recueil des cours, La Haya, Hague Academy of International Law, vol. 344, 2011.

³ UNCTAD, *Country-specific Lists of BITs*, 2011, disponible en: <http://www.unctad.org/>.

versionista de recurrir directamente al arbitraje como mecanismo de solución de disputas relacionadas con la inversión; y tercero, el marcado aumento de las privatizaciones, en especial en países en desarrollo. Este último proceso situó bajo la lupa del derecho de la inversión extranjera numerosos sectores estratégicos para el desarrollo económico, como la infraestructura y los servicios públicos.⁴

En términos generales, los TBI otorgan protección a los inversionistas en cuatro áreas:⁵ (1) el acceso a mercados, (2) las garantías en el trato, (3) la expropiación, y (4) la solución de disputas. La garantía de acceso a mercados le asegura al inversionista extranjero la entrada y establecimiento en el mercado del Estado huésped. Tal garantía, a su vez, sería irrelevante si el inversionista pudiera ser discriminado por el Estado huésped. En consecuencia, una segunda protección otorgada a los inversionistas hace referencia al trato que los mismos deberán recibir de los Estados huésped. Tales garantías de tratamiento se subdividen, a su vez, en dos: garantía de no discriminación (en especial, trato de nación más favorecida y trato nacional), y estándares mínimos de tratamiento (en especial, el trato justo y equitativo y el estándar de “protección y seguridad”).

Un tercer grupo de garantías, íntimamente relacionadas con las anteriores, hace referencia a la expropiación. Los TBI ofrecen protección respecto a dos tipos de expropiación: expropiación directa, que implica la transferencia al Estado de la propiedad del activo expropiado, y la expropiación indirecta, en la cual no hay transferencia de la propiedad. En esta última, el Estado huésped adopta medidas que interfieren de tal manera con el giro usual de la inversión, o con el aprovechamiento de los beneficios derivados de la misma, que los derechos de propiedad relacionados con ella devienen, en la práctica, sin valor.

Es importante anotar que los TBI no prohíben ninguno de estos tipos de expropiación. Sin embargo, solo la permiten si se cumplen cuatro condiciones incluidas en la mayoría de tratados: (1) objetivo público legítimo de la medida expropiatoria, (2) no discriminación, (3) debido proceso, y (4) justa compensación. Estos requisitos son acumulativos, al menos en principio. En consecuencia, es viable argumentar que la medida de un Estado huésped

⁴ Álvarez, José E. y Khamsi, Kathryn, “Argentine crisis and foreign investors: a glimpse into the heart of the investment regime”, en Sauvart, Karl P. y Sachs, Lisa (eds.), *The Yearbook on International Investment Law and Policy*, Oxford/Nueva York, Oxford University Press, 2008, pp. 379-479.

⁵ Véase, generalmente Dolzer, Rudolf y Schreuer, Christoph, *Principles of international investment law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 98-126 (expropiación) y 130-212 (estándares de protección).

que afecte de manera grave una inversión deberá ser compensada, aunque sea tomada para la realización de un objetivo público legítimo, de manera no discriminatoria y con sujeción al debido proceso.

Finalmente, el cuarto pilar de los TBI define los mecanismos de solución de controversias. Los tratados usualmente reconocen jurisdicción y competencia a dos tipos de tribunales de arbitraje. El primero es el arbitraje Estado-Estado, para solucionar las controversias relativas a la interpretación del tratado. Usualmente, estos tribunales son *ad-hoc*, y su funcionamiento y derecho aplicable es muy similar al de los tribunales conformados con ocasión de conflictos soberanos y a los conflictos resueltos en virtud de un acuerdo especial por la Corte Internacional de Justicia.⁶

El segundo tipo de mecanismo de solución de disputas es el arbitraje inversionista-Estado. En ejercicio de este mecanismo, el inversionista está en capacidad de iniciar un trámite arbitral en contra del Estado huésped si considera que las protecciones sustantivas explicadas con anterioridad no han sido respetadas respecto a una inversión específica. Es común que el TBI reconozca al inversionista la opción de escoger entre llevar su controversia a los tribunales nacionales o solicitar la conformación de un tribunal internacional de arbitraje inversionista-Estado. En caso de escoger esta última alternativa, los TBI normalmente refieren a tres grupos de normas procedimentales para la conformación y funcionamiento del tribunal.

El primero son las normas del Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas a la Inversión (CIADI) dispuestas por la Convención de Washington de 1965. El CIADI es una organización internacional independiente, que forma parte del Grupo del Banco Mundial.⁷ En caso de que una de las partes del TBI no sea parte de la Convención de Washington, el TBI referirá comúnmente al Mecanismo Adicional del CIADI, que difiere del mecanismo tradicional, entre otros aspectos, en que los laudos adoptados en el primero deben ser objeto de *exequatur* en el Estado huésped, mientras que los del segundo no requieren de tal procedimiento.⁸ El tercer grupo de procedimientos aplicables son las normas de arbitraje adoptadas en 1976 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Comercial Internacional (CNUDCI).⁹ Una vez constituido el tribunal de arbitraje bajo la regla aplicable, el mismo decidirá, con base en las normas

⁶ Véase Urueña, René, *Derecho de las organizaciones internacionales*, Bogotá, Temis-Uniandes, 2008, pp. 257-269.

⁷ Dolzer, Rudolf y Schreuer, Christoph, *op. cit.*, pp. 238-240.

⁸ *Ibidem*, p. 240.

⁹ *Ibidem*, p. 243.

internacionales aplicables (nunca en el derecho nacional de los Estados implicados) si el Estado huésped en efecto vulneró los estándares aplicables. De ser ese el caso, el Estado puede ser condenado a indemnizar al inversionista afectado; sin embargo, el tribunal no tiene la competencia formal de anular decisiones regulatorias adoptadas por el Estado huésped.¹⁰

II. MÁS ALLÁ DE LA FRAGMENTACIÓN: RECONSIDERANDO EL “CONFLICTO” ENTRE DERECHOS HUMANOS Y ARBITRAJE DE INVERSIONES

1. ¿Qué cuenta como un “conflicto”?

El arbitraje de inversiones ha sido considerado en ocasiones como en conflicto con el derecho de los derechos humanos —un conflicto en ocasiones encuadrado como un problema de fragmentación,¹¹ o como un conflicto de regímenes.¹² Desde esta lectura, el *acquis* de derechos humanos entraría en conflicto con la protección internacional de inversiones, y en particular con el arbitraje de inversiones. Así, el conflicto ocurriría, al menos, en dos niveles.

Primero, la estructura profunda del derecho de la protección de inversiones y sus lealtades éticas podrían entrar en conflicto con los valores de los derechos humanos. Así, mientras que el arbitraje de inversiones tiene como fin último la liberalización del comercio y la protección de la inversión, el derecho de los derechos humanos encontraría su fin en la protección de

¹⁰ Véase Uruuña, René, “Of Precedents and Ideology: Law-making by Investment Arbitration Tribunals”, en Singh, Prabhakar y Mayer, Benoît (eds.), *Critical International Law: Postrealism, Postcolonialism, and Transnationalism*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2014, pp. 276-303.

¹¹ Véase generalmente 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 2006; Koskenniemi, Martti y Leino, Päivi, “Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, núm. 3, 2002, pp. 553-579.

¹² Teubner, Gunther y Fischer-Lescano, Andreas, “Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, núm. 4, 2004, p. 999; Teubner, Gunther y Korth, Peter, “Two Kinds of Legal Pluralism: Collision of Transnational in the Double Fragmentation of the World Society”, en Young, Margaret (ed.), *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 23-54.

la dignidad humana, la democracia y el Estado de derecho.¹³ A este nivel, se trataría de una incompatibilidad *profunda*, derivada de los compromisos éticos de cada uno de los regímenes: mientras que el arbitraje de inversiones adopta una ética típicamente consecuencialista, los derechos humanos adoptan una ética deontológica, basada en una serie de valores superiores positivizados en normas jurídicas nacionales e internacionales.¹⁴

De otra parte, a un nivel más práctico, el derecho de la protección de inversiones podría convertirse en un obstáculo para la protección de los derechos humanos. Como hemos visto, el arbitraje de inversiones impone disciplinas a los Estados receptores de inversiones, limitando su soberanía regulatoria y, por esa vía, podría limitar (o aumentar el costo) de la adopción de políticas nacionales de protección de los derechos humanos que pudiesen afectar al comercio internacional o a inversionistas extranjeros. Así, por ejemplo, disciplinas como el trato justo y equitativo,¹⁵ o la posibilidad de expropiación indirecta,¹⁶ contenidas ambas en tratados de protección de inversiones, pueden afectar la facultad estatal de adoptar regulaciones que protejan el medio ambiente o el derecho a la salud.

Ante conflictos en estos dos niveles, la fórmula de solución es, usualmente, la aplicación de tres estrategias analíticas. El primer marco analítico aplicado es el de conflicto de normas.¹⁷ Así, se entiende que tanto el arbitraje de inversiones como los derechos humanos son regímenes estáticos bien definidos,¹⁸ y que su interacción consiste en un problema de hegemonía: la pregunta es cuál régimen debe primar sobre el otro.¹⁹ La segunda estrategia es, precisamente, una respuesta a esa pregunta. Ante la necesidad de que un régimen “prime” sobre el otro, la respuesta más obvia es que el derecho de

¹³ Para esta lectura, véase Uruña, René, *No Citizens Here...*, *cit.*

¹⁴ *Ibidem*, pp. 200-211.

¹⁵ Kläger, Roland, “Fair and Equitable Treatment” in *International Investment Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

¹⁶ Henckels, Caroline, “Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration”, *Journal of International Economic Law*, vol. 15, núm. 1, marzo de 2012, pp. 223-255.

¹⁷ Sobre este marco analítico, véase Knop, Karen *et al.*, *International Law in Domestic Courts: A Conflict of Laws Approach*, Cornell Legal Studies Research Paper No. 09016, vol. 103, núm. 09, 2009.

¹⁸ Sobre esta premisa, véase, generalmente Uruña, René, *Global Governance Through Comparative International Law? Inter-American Constitutionalism and the Changing Role of Domestic Courts in the Construction of the International Law*, Jean Monnet Working Paper Series núm. 13, 2013.

¹⁹ Koskenniemi, Martti, “Hegemonic Regimes”, en Young, Margaret (ed.), *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 305-323.

los derechos humanos debe primar sobre el derecho de protección de inversiones. La justificación a esa respuesta deriva de la estructura deontológica de los derechos humanos, la cual exige el respeto de un valor supra-jurídico (por ejemplo, la dignidad humana)²⁰ que se ve cristalizado en las obligaciones jurídicas de derechos humanos. Ante ese valor superior, los valores implícitos en el arbitraje de inversiones deben ceder, y ser aplicables solo en la medida en que no contradigan los valores superiores de los derechos humanos. Finalmente, la tercera estrategia analítica identifica al responsable de responder a la pregunta de qué régimen “prima”, lo cual puede implicar la judicialización de la disputa. Así, ante posibles obligaciones jurídicas contradictorias derivadas de los derechos humanos y del arbitraje de inversiones, se busca que sea una corte (bien sea nacional o internacional) quien solucione la disputa.

Mi interpretación de la relación entre el derecho de los derechos humanos y el arbitraje de inversiones pone en duda la narrativa del conflicto. En particular, es crucial poner en duda la estabilidad del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho de la protección de inversiones. Ninguno de estos dos regímenes es estático, en el sentido de que no está completamente definido cuando entra en contacto con el otro. Por el contrario, tanto el derecho de los derechos humanos como el arbitraje de inversiones están en constante cambio interno, adaptándose continuamente a presiones que ejercen sobre ellos los diferentes operadores jurídicos.

La idea del “conflicto” parece sugerir que la estructura (por ejemplo, el derecho de protección de inversiones) es inmutable, y todo lo que los agentes pueden hacer es simplemente adaptarse a ella o encontrar otra estructura competidora (por ejemplo, los derechos humanos) para obtener los beneficios que desean. Así, la idea del conflicto reifica tanto al arbitraje de inversiones como a los derechos humanos, y los presenta como maquinarias que chocan o coexisten.

2. *Conflicto y tiempo*²¹

Sin embargo, la realidad es la opuesta: cuando se habla de un “conflicto” entre los derechos humanos y el arbitraje de inversiones, en realidad se está

²⁰ Véase Kretzmer, David y Klein, Eckart (eds.), *The concept of human dignity in human rights discourse*, La Haya, Kluwer Law International, 2002.

²¹ Esta discusión de derecho y tiempo y la discusión del “espacio jurídico”, descrita abajo, están basadas en Uruña, René, “Temporariness and Change in Global Governance”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 45, 2014, pp. 19-40.

señalando a unas prácticas discursivas en continuo cambio, cuyo contenido es altamente inestable. Parte del problema con la idea del “conflicto” radica en su concepción del tiempo. La idea del “conflicto” entre los derechos humanos y el arbitraje de inversiones concibe la interacción entre regímenes como una cuestión de encuentros discretos que ocurren una vez y que nunca volverán a suceder. Este problema es bien conocido en la teoría de los juegos, donde la diferencia entre juegos aislados y juegos iterados ha sido estudiada ampliamente,²² con cierta influencia en el derecho internacional.²³ El punto crucial es que la iteración crea una interacción cualitativamente diferente a la de los contactos discretos, que parecerían inspirar a los que hablan de un “conflicto” entre los derechos humanos y el arbitraje de inversiones.

El tiempo es, como dicen popularmente, la esencia. Todos los operadores jurídicos relacionados con los derechos humanos y con el arbitraje de inversiones saben que los dos regímenes han interactuado, y esperan que sigan interactuando. Por lo tanto, la interacción no es un accidente o una crisis, sino que forma ya parte de las expectativas de todos los actores involucrados. Es esta expectativa de interacción constante la que se pierde con la idea del “conflicto”. Al pensar la relación entre arbitraje de inversiones y derechos humanos es necesario suponer que los actores actúan con la expectativa de un número infinito de futuras interacciones entre los regímenes. Esta idea ha sido explorada también en las teorías constructivistas de las relaciones internacionales: la interacción entre los agentes transforma la estructura, lo que a su vez provoca transformaciones en los intereses y estrategias de los agentes.²⁴ Así, la iteración no cambia solo las estrategias, sino también el propio juego: en términos de teoría de juegos, la interacción del arbitraje de inversiones y los derechos humanos es un juego de evolución dinámica.²⁵

²² Véase Samuelson, Larry y Mailath, George Joseph, *Repeated Games and Reputations: Long-run Relationships*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 1-14.

²³ Véase Setear, John, “An Iterative Perspective on Treaties: A Synthesis of International Relations Theory and International Law”, *Harvard international law journal*, vol. 37, núm. 1, 1996, pp. 139-230. Setear, John K., “Treaties, Custom, Iteration, and Public Choice”, *Chicago Journal of International Law*, vol. 5, núm. 2, 2005, p. 715.

²⁴ Véase Wendt, Alexander E., “The Agent-Structure Problem in International Relations Theory”, *International Organization*, vol. 41, núm. 3, 1987, pp. 335-370; Adler, Emanuel, *Communitarian International Relations: The Epistemic Foundations of International Relations*, Londres-Nueva York, Routledge, 2005, pp. 5 y 6.

²⁵ “In an evolving game, the game structure evolves as it iterates due to internal changes resulting from the operation of institutions responding to external events, such as new scientific or technological findings, that cause the underlying game structure to change”; Frischmann, Brett, “A Dynamic Institutional Theory of International Law”, *Buffalo Law Review*, vol. 53, núm. 3, 2003, p. 682.

Para los actores ya existe la expectativa de un complejo regulatorio que está compuesto por el arbitraje de inversiones y los derechos humanos al mismo tiempo —y no por dos regímenes estáticos que chocan de vez en cuando.²⁶

III. EL ICCAL COMO METODOLOGÍA: EL “ESPACIO JURÍDICO” LATINOAMERICANO

1. *¿Qué es el espacio jurídico latinoamericano?*

Esta idea, es decir, la noción de que el punto de partida del análisis jurídico debe ser la interacción entre los ordenamientos jurídicos, y no su aislamiento, es una de las contribuciones centrales del ICCAL al análisis jurisprudencial en América Latina. La metodología del ICCAL combina el derecho público, internacional y comparado. A través de esta opción metodológica, el ICCAL encuentra en la interacción entre regímenes (particularmente, entre Constituciones nacionales y normas internacionales de derechos humanos) el sitio clave para entender la dinámica de creación normativa en América Latina. El ICCAL es, por definición, *interaccional*, en el sentido que encuentra en la interacción normativa su unidad analítica básica. Por tal motivo, la metodología del ICCAL nos permite entender de mejor manera el desafío que plantea la interacción entre el arbitraje de inversiones y los derechos humanos, más allá de la simplificada visión del “conflicto”.

Así, el ICCAL parte de la idea de que la interacción crea un complejo regulatorio que combina arbitraje de inversiones y derechos humanos —el cual se ve fortalecido por la expectativa de interacción de los diferentes operadores jurídicos. Para el ICCAL, las normas e instituciones no aparecen en el vacío. Por el contrario, son el producto de la interacción entre regímenes y forman parte de un espacio jurídico latinoamericano cambiante en el cual interactúan.

Este enfoque proporciona la base para una conceptualización diferente del supuesto “conflicto” entre el derecho de la protección de inversiones y los derechos humanos. La relación entre el derecho de la protección de inversiones y los derechos humanos puede entenderse mejor si la unidad analítica es el espacio jurídico donde tiene lugar la interacción entre las instituciones. En este espacio, las instituciones son dinámicas, ya que cambian y se adaptan a sus interacciones. Las normas de derechos humanos y del

²⁶ Sobre complejos regulatorios, véase Keohane, Robert O. y Victor, David G., “The Regime Complex for Climate Change”, *Perspectives on Politics*, vol. 9, núm. 1, 2011, pp. 7-23.

derecho de la protección de inversiones no entran en un vacío regulatorio. Ya existe un ecosistema de instituciones y actores en el cual tanto los derechos humanos como el derecho de la protección de inversiones interactúan. Tanto la Corte IDH como los tribunales de inversiones entran como actores en un espacio donde regulación ya está siendo adoptada, discutida, implementada y rechazada. Por supuesto, a medida que pasa el tiempo y la interacción continúa, el tribunal de derechos humanos o el tribunal de inversiones pueden convertirse en actor preponderante en cierto campo regulatorio (por ejemplo, los proyectos de infraestructura). Sin embargo, esta preponderancia no agota completamente el espacio regulatorio: a pesar de que en un momento dado, el derecho de los derechos humanos o el derecho de la protección de inversiones tengan preponderancia sobre un tema en particular, esta preponderancia puede cambiar. ¿Cuál es el valor agregado específico del pensamiento en términos de un “espacio”, y no de un orden jerárquico de normas? En este punto, la metodología del ICCAL nos permite pensar menos en términos de jerarquía de normas y más en términos de un “espacio jurídico latinoamericano”.

La idea de un “espacio jurídico” fue propuesta originalmente en derecho administrativo nacional, como una reacción a una lectura estrecha del proceso regulatorio, según la cual la regulación es exclusivamente el producto de un conflicto entre la autoridad pública y los intereses privados.²⁷ En contra de este punto de vista, el proceso regulatorio puede ser entendido mejor como un “espacio” donde se hace posible explorar las “relaciones complejas y cambiantes entre y dentro de las organizaciones que están en el centro de la regulación económica”.²⁸ Desde esta perspectiva, la clave para entender qué es regulación es “comprender la naturaleza de este espacio compartido: las reglas de admisión, las relaciones entre los ocupantes y las variaciones introducidas por las diferencias entre los diferentes mercados y los diferentes temas”.²⁹

A pesar del potencial de ver la regulación en términos de espacio, y no en términos de jerarquía y conflicto, la interacción de los regímenes ha sido en general ignorada en el derecho público nacional, que se ha centrado en el estudio de las agencias individuales y sus procedimientos. Recientemente,

²⁷ Véase Hancher, Leigh y Moran, Michael, “Organizing Regulatory Space”, en Hancher, Leigh y Moran, Michael (eds.), *Capitalism, Culture, and Economic Regulation*, Oxford-Nueva York, Clarendon Press, 1989, p. 271.

²⁸ *Idem* (traducción del autor).

²⁹ *Idem* (traducción del autor).

algunos académicos estadounidenses han explorado la interacción nacional,³⁰ centrándose en la interacción y la coordinación interinstitucional como un problema de delegación legislativa superpuesta.³¹ En contraste, el desafío de la interacción sí ha sido explorado en la gobernanza global.³² Así, algunos autores han visto las interacciones de regímenes globales como parte de un “espacio administrativo” global emergente; esto es, “un espacio distinto del espacio de relaciones interestatales regido por el derecho internacional y el espacio regulatorio interno regido por el derecho administrativo interno, que abarca elementos de cada uno”.³³

La idea del “espacio jurídico” refleja bien la metodología del ICCAL. Juntos, el ICCAL y la idea de “espacio jurídico” nos permiten registrar las interacciones dinámicas entre las normas e instituciones internacionales que caracterizan la gobernanza global —en particular la interacción entre los derechos humanos y el arbitraje de inversiones— más allá de la idea del “conflicto”. Como ya se mencionó, la noción de “conflicto” se centra en eventos discretos que ocurren en determinados momentos del tiempo. Por el contrario, la idea de un “espacio jurídico” nos ayuda a pensar de manera más productiva el proceso de interacción —tal como lo hace el ICCAL cuando se centra en la interacción entre derecho nacional e internacional.

Para ver la ventaja que metodológicamente nos ofrece el ICCAL a la hora de entender de manera dinámica la interacción entre derechos humanos y arbitraje de inversiones, sugiero que hagamos un experimento mental.³⁴ Imaginemos por un minuto que las normas e instituciones existen en el espacio regulatorio de la misma forma en que los planetas y otras grandes masas existen en el espacio físico real. Por supuesto, podemos pensar en cada planeta independientemente. A menudo lo hacemos, y tal es nuestra práctica habitual. Sin embargo, muchas de las realidades que afectan nuestra vida cotidiana no son solamente el producto de cada planeta

³⁰ Bradley, Keith, “The Design of Agency Interactions”, *Columbia Law Review*, vol. 111, núm. 4, 2011, pp. 745-794; Freeman, Jody y Rossi, Jim, “Agency Coordination in Shared Regulatory Space”, *Harvard Law Review*, vol. 125, núm. 5, marzo de 2012, p. 1131.

³¹ Gersen, Jacob E., “Overlapping and Underlapping Jurisdiction in Administrative Law”, *The Supreme Court Review*, vol. 2006, núm. 1, 2007, pp. 201-247.

³² Véase Oberthür, Sebastian y Gehring, Thomas, “Institutional Interaction: Ten Years of Scholarly Development”, en Oberthür, Sebastian y Stokke, Olav Schram (eds.), *Managing institutional complexity: regime interplay and global environmental change*, Cambridge, Mass., MIT Press, 2011, pp. 25-58.

³³ Kingsbury, Benedict *et al.*, “The Emergence of Global Administrative Law”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, 2005, pp. 15-61 (traducción del autor).

³⁴ Este experimento mental está basado en Urueña, René, “Temporariness and Change...”, *cit.*, p. 29.

independiente, sino que ocurren en función de otros planetas y masas en el espacio. Por ejemplo, pensemos en las estaciones o en las mareas: la Tierra gira de un modo y no de otro, en cierto ángulo y no en el otro, no solo por los acontecimientos que ocurren en la Tierra, sino más bien por el equilibrio relativo de las fuerzas gravitacionales que la rodean y, por supuesto, por su propia masa y fuerza gravitacional.

Esto es solo una imagen. Mi argumento no es que el espacio regulatorio global sea un espacio real con fuerzas reales.³⁵ La imagen es útil, sin embargo, para ilustrar el tipo de dinámica desencadenada por la interacción institucional en el espacio regulatorio que quiero describir, así como la utilidad del ICCAL para pensar la relación entre arbitraje de inversiones y derechos humanos. Las normas e instituciones internacionales parecen tener una “masa” que ejerce cierta atracción hacia ellas. Una atracción similar, ejercida por las normas internacionales, fue discutida ilustremente por Thomas Franck, para quien la legitimidad era la capacidad de una norma de ejercer, en sí misma, “atracción hacia su cumplimiento”.³⁶

La agenda de Franck es cercana a la metodología del ICCAL. El objetivo de su discusión es caminar entre el positivismo y el naturalismo, buscando explicar el rompecabezas que es cumplimiento de las normas legales internacionales. Para hacerlo, Franck plantea pensar el derecho internacional en términos de grado, y no de simples binarios. En lugar de centrarse en la cuestión del estatus jurídico del derecho internacional (el llamado “desafío austriano”)³⁷, para Franck la cuestión clave es si los sujetos de una determinada norma se creen obligados, a pesar de sus intereses egoístas, a actuar de acuerdo con esa norma.³⁸ Aquí es donde la legitimidad entra en escena: el problema no es vinculante/no-vinculante, diría Franck.³⁹ El problema es la “atracción hacia el cumplimiento” que ejerce esa norma. La “atracción” es

³⁵ Pero véase Hornstein, Donald T., “Complexity Theory, Adaptation, and Administrative Law”, *Duke Law Journal*, vol. 54, núm. 4, 2005, pp. 913-960. La imagen de la arquitectura jurídica internacional como “universo” con “planetas” ha sido explorada anteriormente en Simma, Bruno y Pulkowski, Dirk, “Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law”, *European Journal of International Law*, vol. 17, núm. 3, 2006, pp. 483-529. Su argumento, sin embargo, es una intervención en el debate sobre la fragmentación, y propone una narración de múltiples regímenes autónomos que existen en el mismo momento del tiempo y chocan unos contra otros, que difiere de la visión propuesta aquí.

³⁶ Franck, Thomas M., *The Power of Legitimacy Among Nations*, Nueva York, Oxford University Press, 1990, p. 25.

³⁷ Koskenniemi, Martti, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 34.

³⁸ Franck, Thomas M., *op. cit.*, p. 43.

³⁹ *Ibidem*, p. 47.

una cuestión de grado: mientras que una regla es vinculante, o no lo es (sí o no), la misma norma puede ser más o menos legítima.⁴⁰

Mi objetivo aquí no es discutir la cuestión de la legitimidad y la explicación casi psicológica de Franck para ella. Su idea de “atracción” como un fenómeno de grado, sin embargo, sí es útil aquí para ver el tipo de dinámica que el ICCAL, como metodología, nos ayuda a entender. Es posible pensar en la atracción que ejercen las normas internacionales en términos similares. Cada norma atrae hacia ella lo que está alrededor: ejerce una especie de “atracción gravitacional” que atrae a otras normas e instituciones. La situación de las normas e instituciones en el espacio regulatorio global es, por lo tanto, el resultado de un equilibrio relativo de todas las “fuerzas gravitacionales”, ejercidas por todas y cada una de las normas del espacio regulatorio global.

Así, el derecho de las inversiones cuenta con un conjunto especializado de normas, una arquitectura institucional distintiva (incluyendo tribunales), una comunidad epistémica distintiva y una lógica particular. Estas características distintivas implican que el régimen de inversiones ejerce una “atracción” propia. En consecuencia, otras normas e instituciones se verán atraídas al régimen de inversiones. Evidentemente, esta atracción se ha sentido por los derechos humanos, las normas ambientales, y el derecho internacional de los conflictos armados,⁴¹ entre otros. Estos regímenes se han visto influenciados por la existencia misma del régimen de inversión internacional: en su interacción con estos últimos, se han transformado los derechos humanos, el derecho ambiental y el derecho de los conflictos armados. Una vez más, el punto aquí no es la fragmentación, sino más bien que el régimen de inversiones tiene un peso en el espacio regulador, y que tal peso atrae hacia él otras normas e instituciones. El régimen de inversiones, por su parte, también se deja afectar por esta dinámica: su enfoque de las normas de derechos humanos, por ejemplo, puede cambiar con el tiempo a medida que la interacción continúa, particularmente bajo la forma siempre cambiante del estándar justo y equitativo.⁴²

⁴⁰ *Ibidem*, p. 49.

⁴¹ Hernández, Gleider I., “The Interaction between Investment Law and the Law of Armed Conflict in the Interpretation of Full Protection and Security Clauses”, en Baetens, Freya (ed.), *Investment law within international law: integrationist perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 21-50.

⁴² Dupuy, Pierre-Marie, “Unification Rather than Fragmentation of International Law?: The Case of International Investment Law and Human Rights Law”, en Dupuy, Pierre-Marie et al. (eds.), *Human rights in international investment law and arbitration*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2009, pp. 45-62.

Pensar en la relación entre el arbitraje de inversiones y los derechos humanos en estos términos nos permite dar cuenta de la interacción entre los regímenes cuando se producen colisiones (esto es, cuando hay “conflicto”), pero también cuando no se producen colisiones. La literatura jurídica que toma la fragmentación como su punto de partida parece estar sesgada hacia los eventos de conflicto; esto es, cuando dos normas ofrecen soluciones conflictivas a casos similares, o cuando dos instituciones chocan al ejercer sus poderes.⁴³ La aproximación tradicional, partiendo de la fragmentación, supone que el principio es el aislamiento, y que la excepción es la interacción, la cual desencadena la colisión y la incoherencia. Este sesgo es comprensible, ya que los casos de colisión son más claros, y parecen más importantes políticamente. Sin embargo, el ICCAL como metodología nos permite ver que lo contrario es cierto: las normas están siempre en interacción entre sí. Si bien las colisiones existen, éstas nos dicen poco sobre el funcionamiento cotidiano del “espacio jurídico” latinoamericano.

2. *La agenda normativa del ICCAL como teoría de pesos relativos*

A pesar de su utilidad, pensar en términos de “espacio jurídico” plantea un desafío normativo importante para el ICCAL como metodología, ya que corre el riesgo de perpetuar el *statu quo*. La idea de la “atracción” que ejerce el derecho de la inversión o los derechos humanos es en realidad solamente descriptiva. Sin embargo, este enfoque nos proporciona el vocabulario para una crítica de las razones detrás de una “atracción” tan poderosa, o un estándar normativo para discutir si el hecho de que un régimen tenga tanto “peso” es apropiado o no.

Específicamente, el principal reto es la cuestión de la “visión en túnel”.⁴⁴ Cada norma que actúa en el espacio jurídico tiene un mandato particular, o existe para regular un cierto ámbito de la política o el mercado global. Es decir, solo se ocupa de unas cuestiones específicas, y no necesariamente de preocupaciones más amplias de la sociedad. Y el régimen interamericano de derechos humanos no se ocupa, por ejemplo, del desarrollo económico. Así, usar la interacción como unidad analítica arriesga perder de vista una narrativa general de una “buena” sociedad. Cada una de estas normas (el derecho de los derechos humanos, por ejemplo, o el régimen de protección

⁴³ Por ejemplo Pauwelyn, Joost, *Conflict of norms in public international law: How WTO law relates to other rules of international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

⁴⁴ Sobre la visión en túnel, véase Teubner, Gunther y Korth, Peter, *op. cit.*, pp. 23-54.

de inversiones) puede hablar en términos del “bien común”; sin embargo, cuando estas normas e instituciones “atraen” hacia sí otras normas, éstas se aferran a su propio sesgo estructural,⁴⁵ dejando que el bien común sea resuelto por la competencia entre normas e instituciones en el espacio regulatorio global.

El ICCAL necesita proveer, por lo tanto, un criterio normativo para definir qué tanto peso relativo se le debe reconocer a cada norma —una propuesta que debe estar inspirada en los principios del ICCAL de inclusión, democracia y Estado de derecho. No se trata, entonces, de una discusión sobre conflictos y jerarquía normativa, que se agota con la simple hegemonía de un régimen sobre otro. El ICCAL, como metodología, puede proveer herramientas para comenzar a pensar el grado de peso que se le debe reconocer, por ejemplo, al régimen de derechos humanos, o a las normas de protección de inversiones, en cada caso concreto. Así, en contra de la idea de que el régimen de derechos humanos siempre debe “primar”, una metodología del ICCAL podría dar criterios dinámicos para justificar, normativamente, cuál es el “peso” apropiado a ser otorgado a un cierto régimen en un contexto en particular.

IV. EL ICCAL COMO UNA TEORÍA DE SUBSIDIARIEDAD: EL “ESTÁNDAR DE REVISIÓN” EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES

1. *El derecho de la inversión y el principio de subsidiariedad*

La segunda contribución que puede hacer el ICCAL al debate sobre arbitraje de inversiones y derechos humanos hace referencia a la asignación vertical de autoridad.⁴⁶ Esto es, a la pregunta de si el poder de toma de decisiones debiera mantenerse en el nivel internacional o, por el contrario, moverse al nivel nacional. Como es sabido, el régimen de inversiones implica un doble proceso de asignación vertical de la autoridad sobre el eje nacional/internacional. En primer lugar, el marco jurídico de los tratados de protección de inversiones amplía el poder de decisión del tribunal de arbitraje de inversiones, otorgando a una autoridad internacional (los árbitros) el poder de revisar

⁴⁵ Sobre el sesgo estructural, véase Koskenniemi, Martti, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, 2a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 600.

⁴⁶ Esta discusión del principio de subsidiariedad está basada en Urueña, René, “Subsidiarity and the Public-Private Distinction in Investment Treaty Arbitration”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 79, núm. 2, 2016, pp. 99-121.

normas nacionales, con base en los criterios establecidos en el tratado. Sin embargo, una vez que su jurisdicción es establecida, el tribunal de arbitraje evalúa la persuasión relativa de la norma nacional, decidiendo si el poder de decisión debe permanecer en el plano internacional (si considera que la decisión interna no es convincente), o si la autoridad puede ser delegada hacia el nivel nacional (si considera que la decisión interna sí es persuasiva). El arbitraje de inversiones es, en este sentido, un régimen de gobernanza con una asignación vertical de autoridad que es a la vez estable y en flujo constante. Aunque una asignación formal de autoridad otorga a la jurisdicción del tribunal de arbitraje una decisión interna, la misma asignación formal de poder permite la transferencia de autoridad a lo largo de la escala vertical.

Así, un tema clave en el régimen de inversión, el cual tiene un impacto directo en los derechos humanos, es la deferencia hacia las decisiones de las autoridades nacionales. ¿Deberían los tribunales internacionales de inversiones respetar las decisiones de las autoridades nacionales? Esta discusión es catalogada por los especialistas en arbitraje de inversiones como un problema del “estándar de revisión” (*standard of review*), el cual hace referencia al nivel de escrutinio que un árbitro aplica al revisar la decisión de un tribunal inferior o de otra institución.⁴⁷ La noción proviene del derecho constitucional nacional, en particular del control judicial nacional, y se inspira en el adecuado equilibrio de poderes entre los tribunales superiores, los tribunales inferiores y los otros poderes estatales.⁴⁸ En pocas palabras, un estándar de revisión establece las preguntas que se hará quien adopte la decisión (normalmente un juez) respecto a la norma o decisión que se va a revisar (la llamada “decisión primaria”). Así, en derecho nacional, el estándar de revisión se representa como un continuo, con una revisión completamente nueva de la decisión primaria en un extremo, y una deferencia completa hacia esa decisión en el otro.⁴⁹ Por lo tanto, al ejercer el control judicial, un tribunal tiene la opción de aplicar un nivel muy estricto de control, considerando y decidiendo de nuevo la cuestión jurídica primaria, y sustituyendo así al decisor original mediante su revisión judicial. O, en el otro extremo, el

⁴⁷ Burke-White, William W. y von Staden, Andreas, “Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 48, núm. 2, invierno de 2008, pp. 307-410.

⁴⁸ Peters, Amanda, “The Meaning, Measure, and Misuse of Standards of Review”, *Lewis & Clark Law Review*, vol. 13, 2009, p. 233.

⁴⁹ Hofer, Ronald R., “Standards of Review-Looking Beyond the Labels”, *Marquette Law Review*, vol. 74, núm. 2, invierno de 1991, p. 231.

tribunal de revisión tiene la opción de adoptar un estándar muy deferente, en virtud del cual dará más peso al órgano decisorio primario.

La cuestión del estándar de revisión es crucial para la protección de los derechos humanos. En los sistemas nacionales, decidir el estándar de revisión aplicable es un resultado de la razón específica que llevó a la revisión judicial en un primer lugar.⁵⁰ Por el contrario, en derecho internacional, la cuestión del estándar de revisión ha adquirido características específicas propias. Los tribunales internacionales normalmente no revisan una decisión de un tribunal inferior, sino que revisan la decisión de una de las partes en el litigio —a menudo, un Estado. En consecuencia, la cuestión del estándar de revisión implica reflexionar sobre el espacio regulatorio legítimo de los Estados, lo que redundaría en un riesgo de restricción indebida.

En este contexto, el ICCAL tiene mucho que contribuir a este debate. ¿Deberían los tribunales internacionales ser deferentes a las decisiones de las instituciones nacionales o, por el contrario, deberían participar en una revisión *de novo* de las decisiones primarias? Excepcionalmente, en ciertos regímenes especializados, el lenguaje contenido en el tratado pertinente responde a esta pregunta. Este es el caso del litigio en materia de *dumping* en la Organización Mundial del Comercio (OMC), cuyo Acuerdo Anti-dumping establece una norma específica de estándar de revisión en los procedimientos antidumping.⁵¹ Esta es, sin embargo, la excepción. En la mayoría de los regímenes jurídicos internacionales, la cuestión del criterio de examen queda abierta al tribunal competente para decidir.

Ante el silencio en los tratados, se han desarrollado dos instrumentos analíticos para decidir la asignación vertical de autoridad. En primer lugar, el artículo XX del GATT permite que se adopten ciertas medidas excepcionales restrictivas del comercio para proteger objetivos públicos como la moral, la seguridad o el medio ambiente. Tales medidas excepcionales

⁵⁰ Peters, Amanda, *op. cit.*

⁵¹ Véase párr. 6 del artículo 17 del Acuerdo relativo a la Aplicación del artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994: “El grupo especial, en el examen del asunto al que se hace referencia en el párrafo 5: i) al evaluar los elementos de hecho del asunto, determinará si las autoridades han establecido adecuadamente los hechos y si han realizado una evaluación imparcial y objetiva de ellos. Si se han establecido adecuadamente los hechos y se ha realizado una evaluación imparcial y objetiva, no se invalidará la evaluación, aun en el caso de que el grupo especial haya llegado a una conclusión distinta; ii) interpretará las disposiciones pertinentes del Acuerdo de conformidad con las reglas consuetudinarias de interpretación del derecho internacional público. Si el grupo especial llega a la conclusión de que una disposición pertinente del Acuerdo se presta a varias interpretaciones admisibles, declarará que la medida adoptada por las autoridades está en conformidad con el Acuerdo si se basa en alguna de esas interpretaciones admisibles”.

deben ser necesarias para alcanzar el objetivo declarado. Por consiguiente, al decidir si la medida es verdaderamente necesaria, los Grupos Especiales de la OMC y el Órgano de Apelación han elaborado jurisprudencia coherente que evalúa si el Estado ha adoptado la medida menos restrictiva razonablemente disponible que cumple con su objetivo permisible en virtud del artículo XX del GATT. Para cumplir con esta norma, el Estado demandado debe hacer un argumento *prima facie* de que la medida excepcional era necesaria en su contexto. En ese caso, el grupo especial o el Órgano de Apelación tendrán una actitud deferente hacia el primer responsable de la toma de decisiones. Entonces la carga de la prueba recae en el demandante, que debe probar que la medida es innecesaria (principalmente mediante la prueba de la disponibilidad razonable de una medida alternativa menos restrictiva del comercio).⁵²

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado una segunda herramienta analítica para definir el estándar de revisión que debe aplicarse al evaluar decisiones internas: la doctrina del “margen de apreciación”.⁵³ La doctrina se refiere a la “amplitud de la deferencia” que el Tribunal está dispuesto a otorgar a las decisiones de los legisladores nacionales, los poderes ejecutivos y quienes adoptan decisiones judiciales.⁵⁴ Así, el margen de apreciación es un estándar de revisión en el que un tribunal internacional da peso al razonamiento del decisor primario, por razones de legitimidad democrática, práctica común de los Estados o experiencia de los mismos.

El derecho de la inversión extranjera no ha adoptado un estándar de revisión específico.⁵⁵ Sin embargo, en general, el criterio de revisión es sumamente estricto; es decir, los tribunales internacionales son poco deferentes a las instituciones nacionales. La decisión sobre el estándar de revisión se puede adoptar en dos sentidos. En primer lugar, la pertinencia de decidir un estándar de revisión se puede negar en su conjunto. Aunque los laudos de inversión no hacen este argumento abiertamente, la idea de revisión judicial (y, por tanto, de un estándar de revisión) es completamente ajena al

⁵² Oesch, Matthias, “Standards of Review in WTO Dispute Resolution”, *Journal of International Economic Law*, vol. 6, núm. 3, 2003, pp. 635-659.

⁵³ Legg, Andrew, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 38-66.

⁵⁴ Burke-White, William W. y von Staden, Andreas, *op. cit.*, p. 370.

⁵⁵ Véase Henckels, Caroline, “Indirect Expropriation and the Right...”, *cit.*; Henckels, Caroline, “Balancing Investment Protection and the Public Interest: The Role of the Standard of Review and the Importance of Deference in Investor-State Arbitration”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 4, núm. 1, 2013, pp. 197-215.

arbitraje comercial internacional.⁵⁶ Así, la adopción de una lectura extrema del arbitraje de inversiones como nada diferente del arbitraje comercial internacional conduciría a negar la pertinencia del estándar de revisión en el arbitraje de inversiones. Bajo una mentalidad de arbitraje puramente comercial, la cuestión del estándar de revisión no surge. Como resultado, bajo ciertas circunstancias, la posibilidad de darle peso al razonamiento de una decisión nacional sería completamente ajena al arbitraje de inversiones. Desde esta perspectiva, la autoridad permanece en el plano internacional, no porque sea más apropiado en términos de revisión, sino porque el tribunal arbitral se entiende como un mero mecanismo de solución de controversias.

En la práctica, sin embargo, los tribunales internacionales de inversiones deben reflexionar a menudo sobre las decisiones internas y, por lo tanto, se les presenta la necesidad de un estándar de revisión. En ese caso, el arbitraje de inversiones también tiene muy poca deferencia hacia las decisiones nacionales.

Esta asignación de poder al tribunal internacional (y no al nivel nacional) se explica usualmente como un resultado del riesgo político asumido por el inversionista, en el sentido de que, a medida que el costo de retirar la inversión se hace más alto (por ejemplo, a medida que aumentan los costos hundidos), el riesgo de que la negociación original se vuelva obsoleta para el Estado anfitrión también aumenta.⁵⁷ Entre más pasa el tiempo, más aumenta el riesgo para el inversionista de que el Estado huésped se comporte de manera oportunista. Por lo tanto, el inversor debe cubrir ese riesgo político.

Una forma de cubrir ese riesgo es mediante un sistema de solución de disputas que sea independiente. Los tribunales nacionales, sin embargo, pueden ser percibidos como poco fiables para juzgar estas reclamaciones, ya que pueden ser dependientes de las autoridades del Estado anfitrión involucrado en la disputa. Desde esta perspectiva, se hace necesario darle poder a una institución internacional (un tribunal de arbitraje internacional, por ejemplo) para que se pronuncie sobre tales reclamaciones.

⁵⁶ Roberts, Anthea, “The Next Battleground: Standards of Review in Investment Treaty Arbitration”, *International Council for Commercial Arbitration Congress Series*, vol. 16, 2011, pp. 170-180.

⁵⁷ Este es el llamado “obsolescing bargain model” (OBM) que justifica gran parte de la arquitectura del arbitraje de inversiones. Véase Vernon, Raymond, *Sovereignty at Bay: The Multinational Spread of U.S. Enterprises*, Nueva York, Basic Books, 1971. Sobre el papel fundamental que este modelo cumplió en el diseño inicial del régimen de inversiones, véase Álvarez, José E., *op. cit.*, p. 277. Para una crítica del modelo, véase Eden, Lorraine *et al.*, “From the Obsolescing Bargain to the Political Bargaining Model”, en Grosse, Robert (ed.), *International Business and Government Relations in the 21st Century*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 251-272.

Este modelo sugiere que, al mover el poder de toma de decisiones al nivel internacional, las disputas de inversión se despolitizan. La toma de decisiones a nivel nacional sobre las controversias que involucran a un Estado anfitrión y las inversiones importantes está sujeta a presiones políticas. Sin embargo, quienes defienden esta visión sostienen que el objetivo de los tratados bilaterales de inversiones es “aislar la inversión privada de políticas públicas extranjeras o domésticas impulsadas políticamente —en efecto, despolitizar los temas relacionados con la inversión, ubicando la protección de la inversión privada bajo un régimen jurídico apolítico”.⁵⁸

Como puede verse, este modelo proporciona una justificación para asignar la autoridad al nivel internacional, basada exclusivamente en preocupaciones privadas: mover el poder de toma de decisiones al nivel internacional es una forma de resolver el riesgo político de los inversionistas privados. Los Estados anfitriones pueden decidir aceptar esta negociación por múltiples razones (atraer la inversión extranjera,⁵⁹ reducir el costo del capital⁶⁰ o, en el caso de los países menos adelantados, asegurar una ventaja competitiva sobre otros países con una situación similar).⁶¹ Independientemente de la razón de la aceptación, la realidad es que la preocupación dominante en un tratado de inversión bilateral es el interés privado del inversor.

Los laudos arbitrales en los casos de gas argentino (*CMS*,⁶² *Enron*⁶³ y *Sempra*)⁶⁴ son un buen ejemplo de un exigente estándar al revisar decisiones nacionales, derivado de esta lógica privada.⁶⁵ Como es sabido, uno de los

⁵⁸ Vandevelde, Kenneth J., “Of Politics and Markets: The Shifting Ideology of the BITs”, *International Tax & Business Lawyer*, vol. 11, núm. 2, 1993, p. 160.

⁵⁹ Elkins, Zachary *et al.*, “Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties, 1960-2000”, *University of Illinois Law Review*, 2008, p. 277.

⁶⁰ Sykes, Alan O., “Public versus Private Enforcement of International Economic Law: Standing and Remedy”, *The Journal of Legal Studies*, vol. 34, núm. 2, 2005, p. 632.

⁶¹ Guzman, Andrew T., “Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 38, 1997-1998, pp. 639-688.

⁶² *CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic*, Caso CIADI n° ARB/01/8, laudo de 12 mayo de 2005, disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf>.

⁶³ *Enron Corp. Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, Caso CIADI n° ARB/01/3, laudo de 22 mayo de 2007, disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0293.pdf>.

⁶⁴ *Sempra Energy Int'l v. Argentine Republic*, Caso CIADI n° ARB/02/16, laudo de 28 septiembre de 2007, disponible en: <http://www.italaw.com/documents/SempraAward.pdf>.

⁶⁵ Henckels, Caroline, “Balancing Investment Protection...”, *cit.*, p. 203; sostiene que los laudos *CMS*, *Enron*, y *Sempra* “son bien conocidos por su escrutinio riguroso de las medidas de

temas cruciales en las disputas, presentado por Argentina, fue la defensa de la necesidad. El tratado de inversión entre Argentina y Estados Unidos preveía en su Artículo XI una cláusula de “medidas no excluidas”, en la que se estipulaba que el tratado “no impedirá la aplicación por cualquiera de las Partes de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacionales, o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad”.⁶⁶ Durante los litigios, Argentina adujo que sus medidas económicas (como el corralito y, en particular, la conversión de tarifas de servicios públicos) eran necesarias para mantener sus intereses nacionales. Entre varios argumentos, Argentina argumentó que la cláusula de la necesidad era “*self-judging*”; es decir, que correspondía a Argentina, y no al tribunal, decidir si las medidas podrían adoptarse en virtud de esa cláusula. En esencia, según Argentina, solo Argentina sabe cuándo una medida es necesaria para proteger los intereses esenciales de Argentina. Sin embargo, el tribunal rechazó el argumento, encontrando que las cláusulas de necesidad no eran “*self-judging*”.⁶⁷ Por el contrario, los tribunales encontraron que tenían jurisdicción para decidir si las cláusulas de necesidad podían ser invocadas.⁶⁸ Desde esta perspectiva, la autoridad para la toma de decisiones bajo la cláusula debía permanecer en el nivel internacional. Por lo tanto, el tribunal se ocupó de un examen sustantivo de las medidas, discutiendo en detalle si la situación financiera en Argentina arriesgaba realmente un “colapso económico total”,⁶⁹ o si amenazaba la “existencia misma del Estado y su independencia”.⁷⁰

Esta línea de argumentación está íntimamente relacionada con la lógica del riesgo privado que justifica el arbitraje de inversiones. José Álvarez fue un testigo experto de los demandantes en los casos argentinos, y defendió el carácter no “*self-judging*” de las cláusulas de necesidad.⁷¹ Para Álvarez y

emergencia de Argentina” (“*are well known for their stringent scrutiny of Argentina’s emergency measures*”), (traducción del autor).

⁶⁶ Artículo XI del Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 14 de noviembre de 1991; disponible en: <http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=12165>.

⁶⁷ *Sempra Energy Int’l v. Argentina*, *op. cit.*, párrs. 385 y 391; *Enron Corp. Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina*, *op. cit.*, párr. 332; *CMS Gas Transmission Co. v. Argentina*, *op. cit.*, párr. 373.

⁶⁸ *Idem*.

⁶⁹ *CMS Gas Transmission Co. v. Argentina*, *op. cit.*, párr. 322.

⁷⁰ *Sempra Energy Int’l v. Argentina*, *op. cit.*, párr. 348; *Enron Corp. Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina*, *op. cit.*, párr. 306.

⁷¹ *Sempra Energy Int’l v. Argentina*, *op. cit.*; opinión de José Álvarez, párr. 11, 12 de septiembre de 2005, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0994.pdf>.

Khamsi, no hay ningún argumento en el tratado que justifique el carácter “*self-judging*” de la cláusula,⁷² ni tampoco tendría por qué haberlo. Por un lado, según Álvarez y Khamsi, el tratado en sí no da pie para que el Estado (en este caso, Argentina) solicite deferencia para los decisores nacionales. Adicionalmente, para Álvarez, no habría ninguna razón normativa para defender un criterio de revisión deferente, ya que el derecho de protección de inversiones fue explícitamente diseñado para permitir que los inversores renunciaran a los tribunales nacionales.⁷³ Con el fin de preservar la estabilidad de la negociación de inversión y un entorno de inversión creíble, un árbitro de inversiones puede (y de hecho debe) adivinar las motivaciones de los decisores nacionales.⁷⁴

2. *La agenda normativa del ICCAL como teoría de la subsidiariedad*

Como hemos visto, la lógica descrita anteriormente implica una narrativa según la cual la protección internacional del inversionista se justifica en la medida en que las instituciones del Estado huésped no son fiables en general. Por el contrario, el inversionista se encuentra en riesgo de que el Gobierno huésped tenga el incentivo de apropiarse o extraer renta de la inversión extranjera, pues los costos de salida son altos.⁷⁵ En este escenario, una corte independiente es de radical importancia. Sin embargo, ante la premisa de que las cortes nacionales del Estado huésped no son lo suficientemente independientes como para controlar las acciones de un gobierno con los incentivos antes descritos, se genera entonces la necesidad de un tribunal internacional.⁷⁶

Esta interpretación muestra al derecho del Estado huésped como un “derecho fallido”.⁷⁷ Esto es, presume que el inversionista no estará protegido bajo el derecho nacional del Estado huésped, y que en consecuencia se hace necesario crear un régimen internacional que proteja los intereses de los inversionistas.

Ahora bien, es indudable que el regulador es oportunista. Especialmente en el tipo de sectores de más relevancia para el arbitraje de inversiones,

⁷² Álvarez, José E. y Khamsi, Kathryn, *op. cit.*, p. 440.

⁷³ *Ibidem*, p. 426.

⁷⁴ *Idem*.

⁷⁵ Véase Eden, Lorraine *et al.*, *op. cit.*

⁷⁶ Véase Vandeveld, Kenneth J., *op. cit.*

⁷⁷ Esta discusión de la premisa del derecho fallido está basada en: Uruena, René, “Of Precedents and Ideology...”, *cit.*, pp. 276-303.

como infraestructura y servicios públicos, los costos hundidos son tan altos que la tentación del Estado en cambiar la regulación siempre estará ahí. Sin embargo, la premisa detrás del derecho de la inversión extranjera parece ir más allá. En efecto, parece presumir que el derecho del Estado huésped es prácticamente fallido, no merecedor del más mínimo crédito como sistema jurídico, ni como sistema judicial independiente.

La idea del derecho fallido no es nueva. Ya Jorge Esquirol ha señalado con anterioridad que ciertos problemas puntuales del derecho de América Latina han sido sistemáticamente generalizados por numerosos comentaristas, creando la imagen de un derecho fallido en la región y generando así una justificación para las radicales reformas legales implementadas en la misma.⁷⁸ Esquirol también argumenta que muchas de las supuestas “fallas” de este derecho son, de hecho, problemas inherentes a todo sistema legal (impredictibilidad, indeterminación, etcétera), que fueron identificadas y demostradas de manera convincente por críticos en otros lugares (por ejemplo, en Estados Unidos), sin que se cuestionara la viabilidad estructural de esos sistemas legales. Sin embargo, señala Esquirol, cuando se trata de América Latina, estos mismos problemas se vuelven sistémicos, muestran un derecho fallido, y justifican cambios jurídicos radicales en todas las áreas del derecho.

Pues bien, el derecho de la inversión extranjera funciona de forma similar, y es de alguna manera el corolario lógico a la observación de Esquirol. Si generalizamos las fallas específicas del derecho de los Estados huésped y creamos la presunción de que el mismo es un derecho fallido, entonces es lógico que creamos necesario recurrir al arbitraje de inversiones. El problema es que, como bien lo muestra Esquirol, la premisa de ser un derecho fallido es difícilmente desvirtuable, pues es casi un prejuicio. Mientras que en el derecho penal internacional pueden existir criterios para determinar si el Estado es capaz y tiene voluntad de actuar respecto a un crimen internacional (por ejemplo, los previstos en el Artículo 17 del Estatuto de la CPI, por muy controvertidos que estos sean),⁷⁹ en derecho de la inversión extranjera no hay una figura equivalente. Se presume que el ilícito internacional no será objeto de actuación del Estado huésped.

⁷⁸ Véase Esquirol, Jorge L., “The Failed Law of Latin America”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 56, núm. 1, 2008, pp. 75-124.

⁷⁹ Burke-White, William W., “Proactive Complementarity: The International Criminal Court and National Courts in the Rome System of International Justice”, *Harvard International Law Journal*, vol. 49, núm. 1, 2008, p. 53.

El ICCAL puede servir como una contranarrativa a la idea del derecho fallido en la región latinoamericana, y así cuestionar la interpretación de Álvarez. El ICCAL puede subrayar los impactos que el arbitraje de inversiones tiene en la región, e inyectar en éste los valores del derecho público. Para hacerlo, la metodología del ICCAL, con su combinación entre derecho público, internacional y comparado, es una herramienta invaluable para mostrar que el derecho de protección de inversiones no es solamente un simple sistema de solución de disputas, sino que es un verdadero ejercicio de poder global que debía ser regulado en consecuencia.⁸⁰

En primer lugar, el arbitraje sobre inversiones examina a menudo la reglamentación interna en cuanto a posibles violaciones de las normas contenidas en el tratado de protección de inversiones. Por ejemplo, una regulación local puede ser equivalente a la expropiación de una inversión extranjera, y el tribunal de arbitraje puede ordenar una indemnización al inversionista. Por lo tanto, incluso si el tribunal arbitral no tiene poder formal para derogar las normas locales, se encarga de revisar dichas normas (incluidas las decisiones judiciales internas), evaluándolas sobre la base de las disposiciones establecidas en el tratado. Como consecuencia de tal revisión, los Estados anfitriones pueden decidir anular sus propias normas nacionales o pueden ser disuadidos de adoptar cierta línea de regulaciones —un fenómeno que se ha denominado un “*chilling effect*” del arbitraje de inversiones—. ⁸¹

Y, en segundo lugar, los tribunales de arbitraje de inversiones contribuyen a la definición de estándares de administración pública nacional, en particular en su influencia en las leyes y procedimientos administrativos internos.⁸² Especialmente a través de los estándares de trato justo y equitativo (aunque no limitados a ellos), los tribunales de inversiones revisan los procesos administrativos internos y pueden influir en la formulación y aplicación de estos procedimientos locales. Para definir la responsabilidad del Estado huésped de la inversión, los tribunales de arbitraje han estable-

⁸⁰ Véase von Bogdandy, Armin y Venzke, Ingo, *¿En nombre de quién? Una teoría de derecho público sobre la actividad judicial internacional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016. Siguiendo una línea de regulación más cercana al derecho administrativo global, véase Van Harten, Gus y Loughlin, Martin, “Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law”, *European Journal of International Law*, vol. 17, núm. 1, 2006, pp. 121-150.

⁸¹ Tienhaara, Kyla, “Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science”, en Brown, Chester y Miles, Kate (eds.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 606-628.

⁸² Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, 10a. ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2009.

cido normas aplicables a la estabilidad, la previsibilidad y la coherencia del marco jurídico; la protección de las expectativas legítimas; el procedimiento procesal y administrativo; y la exigencia de razonabilidad y proporcionalidad en los procedimientos administrativos,⁸³ todos los cuales tienen un impacto en las estructuras de gobierno interno.

Leído mediante el prisma del ICCAL, el arbitraje de inversiones no es solo un mecanismo de solución de diferencias, sino también un verdadero ejercicio de gobernanza global. Esta lectura tiene, a su vez, un impacto en el estándar de revisión. Una visión “ICCAL” del arbitraje de inversiones implica que el criterio de revisión debería ser deferente al tomador de decisiones nacional, reduciendo así la discrecionalidad del árbitro internacional. El enfoque “ICCAL” entendería el arbitraje de inversiones como un ejercicio de autoridad pública. Desde este prisma, tendría sentido que tal autoridad se ejerza localmente. Por supuesto, esto no puede ser siempre posible. Sin embargo, el ICCAL como teoría de subsidiariedad puede sugerir que la autoridad debe ser ejercida lo más cerca posible de la población que se ve afectada. Como resultado, las autoridades nacionales deberían tener la primera palabra sobre cuestiones relacionadas con el arbitraje de inversiones, y solo excepcionalmente debería reconocerse la autoridad internacional. Desde una perspectiva “ICCAL”, el objetivo es inyectar la toma de decisiones con la legitimidad de la política local. El ICCAL nos permite argumentar que el arbitraje de inversiones no es simplemente un sistema de solución de controversias privadas y que, por consiguiente, debería adoptar un estándar de revisión deferente.

V. CONCLUSIÓN

El presente capítulo buscó dar cuenta de dos posibles contribuciones que el ICCAL puede hacer al debate sobre la relación entre arbitraje de inversiones y derechos humanos. Esta contribución es multidimensional porque el ICCAL también lo es. El ICCAL corresponde a una sensibilidad política compartida por los juristas en la región, que se preocupa por el presidencialismo extremo, por problemas de exclusión, y que considera que el derecho tiene un valor normativo —independiente del poder— que sirve para ayudar a solucionar algunos de estos problemas. Adicionalmente, es también

⁸³ Kingsbury, Benedict y Schill, Stephan, *Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law*, Nueva York, University Public Law and Legal Theory Working Papers, 1o. de septiembre de 2009, pp. 1-53.

un portafolio de herramientas metodológicas, nuevo para los juristas de la región, el cual mezcla técnicas de derecho comparado y elementos de gobernanza multinivel. Y, finalmente, el ICCAL es también un vocabulario nuevo para que los juristas de la región describan en términos jurídicos la realidad que están viviendo y los desafíos a los que se enfrentan. Este vocabulario es menos formalista que el lenguaje jurídico que domina la región, incluye elementos de derecho constitucional y es marcadamente multinivel.

A través de estas dimensiones, el ICCAL puede hacer dos contribuciones al debate de la relación entre arbitraje de inversiones y derechos humanos. Como hemos visto, el ICCAL puede proveer una teoría normativa del peso que debe ser reconocido a los regímenes jurídicos que operan en el espacio jurídico latinoamericano, la cual nos permita ir más allá de la narrativa de fragmentación y la idea de “conflicto” entre la protección de inversiones y los derechos humanos. Segundo, el ICCAL puede servir como una guía de subsidiariedad en el derecho de protección de inversiones, mediante la cual se defina en qué casos los árbitros internacionales deben tener deferencia hacia las decisiones nacionales —y en qué casos no—.

Estas contribuciones permitirán, a su vez, avanzar la agenda investigativa del ICCAL. De una parte, pueden abrir la puerta a una agenda normativa distintiva, en la cual el rol del ICCAL sea ofrecer criterios para regular la interacción entre regímenes jurídicos. Dada su experiencia analizando la interacción entre los regímenes constitucionales nacionales y el sistema interamericano de derechos humanos, el ICCAL parece estar en un lugar privilegiado para ofrecer este tipo de criterios. De otra parte, la aproximación “ICCAL” a la subsidiariedad en el contexto de arbitraje de inversiones serviría como una contranarrativa a la idea del derecho fallido de América Latina. Ya el ICCAL ha subrayado las importantes contribuciones de las cortes constitucionales latinoamericanas y del sistema interamericano a la construcción de un derecho vital, con ánimo de constitucionalismo transformador. Es momento que la misma plataforma del ICCAL sirva para que ese mismo derecho transformador sea reconocido por otros regímenes jurídicos internacionales como una opción viable para la solución de disputas con inversionistas extranjeros. El ICCAL puede servir como plataforma académica para hacer ese argumento.

SEGUNDA PARTE
APROXIMACIONES DESDE OTROS ENFOQUES

EL DERECHO INTERNACIONAL Y LA GOBERNANZA DE RECURSOS NATURALES EN AMÉRICA LATINA

Julio FAUNDEZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Recursos naturales y derecho internacional*. III. *El boom de los recursos naturales y el consenso de los commodities*. IV. *Brasil: la presa Belo Monte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. V. *Chile: los proyectos hidroeléctricos Pangué/Ralco*. VI. *Ecuador: el proyecto Mirador-China y la madre naturaleza*. VII. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

Los países latinoamericanos se beneficiaron al máximo del reciente boom en los precios de las materias primas (2003-2013), aumentando sus exportaciones e intensificando la búsqueda de nuevas fuentes de energía. Su pronta respuesta al boom de las materias primas les permitió obtener considerables beneficios. Aumentó los niveles de inversión internacional en el sector de los recursos naturales e incentivó a los gobiernos a establecer marcos regulatorios más completos. También generó abundantes ingresos fiscales, los cuales fueron utilizados por los países para financiar programas sociales y económicos. Sin embargo, el boom también tuvo un lado negativo, ya que para intensificar la extracción de recursos minerales y atraer a inversores al sector se menoscabaron los derechos humanos internacionalmente reconocidos de los pueblos indígenas, así como las obligaciones medioambientales.

Las economías latinoamericanas han dependido tradicionalmente de la exportación de recursos naturales, y por lo tanto tienen amplia experiencia en formular estrategias para enfrentar la volatilidad de los mercados

* Profesor emérito, Universidad de Warwick, LLM y SJD (Harvard). Traducción del inglés por Lucas Sánchez de Miquel.

internacionales. En el pasado, y de acuerdo con el modelo de sustitución de importaciones, la mayoría de países de la región intentaron integrar la gobernanza de los recursos naturales dentro de políticas de desarrollo más amplias, con el objetivo de modernizar otros sectores de la economía. Estas políticas requerían una fuerte dosis de intervención estatal, pero esto llegó a su fin cuando la globalización obligó a reducir el papel del Estado, dando prioridad a la liberalización comercial y financiera antes que a las políticas destinadas a diversificar la economía. Las restricciones a la política interna impuestas por la globalización quedan reflejadas en el Consenso de Washington y en un gran número de normas formales e informales de derecho económico internacional (DEI). Las obligaciones formales que limitan la elaboración nacional de políticas se reflejan en tratados como la OMC, los Tratados de Bilaterales de Inversión (TBI), y un gran número de Tratados de Libre Comercio (TLC). Estos compromisos imponen normas internacionales en áreas que hasta el momento pertenecían en su mayor parte a la jurisdicción interna de los gobiernos. Las instituciones financieras internacionales también emplean múltiples mecanismos, formales e informales, para asegurar que los países en vías de desarrollo no se desvíen de los principios económicos neoliberales.¹

A medida que el DEI se ha ido expandiendo, también se han desarrollado otros ámbitos del derecho internacional. Desde la perspectiva de los recursos naturales, los dos ámbitos más relevantes son el derecho ambiental internacional y el derecho internacional de los derechos humanos. Las nuevas normas de derecho ambiental imponen límites en la intensidad y los métodos empleados en la extracción de recursos naturales, mientras que los derechos humanos protegen, entre otros, los derechos de los pueblos indígenas, generalmente los grupos más afectados por la extracción descontrolada de recursos naturales. Por lo tanto, diversas normas jurídicas internacionales influyen en las políticas nacionales de recursos naturales, pero su fuerza normativa y sus efectos son diferentes. En consecuencia, ni los gobiernos ni las organizaciones internacionales, en particular las instituciones financieras internacionales, las toman en serio como limitaciones a la política gubernamental, como lo ilustra el caso de estudio sobre Chile.²

Este capítulo examina el impacto de las normas jurídicas internacionales sobre las políticas de recursos naturales en Brasil, Chile y Ecuador durante el reciente boom de las materias primas. A través de tres estudios

¹ Véase también la contribución de Armin von Bogdandy y Franz Christian Ebert en este volumen.

² Véase sección V de este capítulo.

de caso, se demuestra que sus políticas presentaron una notable similitud, pese a las importantes diferencias económicas y políticas entre estos países. Aunque los tres países cumplieron con las normas sobre inversiones y liberalización comercial, no se vieron igualmente limitados por otras normas internacionales, en particular aquellas que reconocen los derechos de los pueblos indígenas y la necesidad de proteger el medio ambiente. Por lo tanto, el capítulo demuestra que, si bien en muchas áreas de la economía el derecho internacional ha reducido la capacidad de maniobra política de los gobiernos, en el ámbito de los recursos naturales ha proporcionado un amplio margen para que los gobiernos aprovechen el boom de las materias primas. Esta situación se debe a la naturaleza de las normas internacionales: las normas que afectan al núcleo del nuevo régimen de comercio e inversiones son vinculantes y están protegidas por una serie de mecanismos formales e informales, mientras que por otro lado, aquellas que afectan a pueblos indígenas y a la protección del medio ambiente son muchas veces tratadas como *soft law* y no siempre son cumplidas, ni por gobiernos ni por organizaciones internacionales. El fracaso de los gobiernos a la hora de cumplir con las normas de derechos humanos y de derecho ambiental es especialmente alarmante sobre todo porque Brasil, Chile y Ecuador han firmado y ratificado los instrumentos jurídicos que protegen los derechos de los pueblos indígenas y aceptado los principales tratados internacionales sobre el medio ambiente.

El capítulo se divide en cinco secciones y una conclusión. Las primeras dos secciones proporcionan el contexto para situar los casos de estudio. La primera considera la cuestión del espacio político desde la perspectiva del derecho internacional, mientras que la segunda identifica los aspectos políticos y económicos de las actuales políticas de recursos naturales, descritas por algunos observadores como el consenso de los *commodities*, y explica el impacto de estas políticas en la composición de las exportaciones en la región. Las secciones tercera y cuarta se centran en la implementación de proyectos hidroenergéticos: uno en Brasil y otro en Chile. La quinta sección examina las políticas de recursos naturales en Ecuador, con mención especial a un proyecto minero en un área protegida y habitada por comunidades indígenas. El capítulo concluye con una reflexión sobre lo que puede ser extraído de los estudios de casos y considera el impacto contradictorio del derecho internacional en la gobernanza de los recursos naturales en la región.

II. RECURSOS NATURALES Y DERECHO INTERNACIONAL

En los años 50 y 60, los países en vías de desarrollo consideraban que el control sobre sus recursos naturales era un elemento indispensable en el proceso de construcción del Estado y clave para la implementación de sus estrategias de desarrollo. Esta creencia se refleja en una serie de resoluciones de la Asamblea General de la ONU que confirmaron el derecho de los Estados a la autodeterminación económica y, en particular, su derecho a ejercer la soberanía permanente sobre sus recursos naturales.³ En esos tiempos el derecho internacional pareció situarse rigurosamente del lado de los países en vías de desarrollo. Sin embargo, hoy en día, después de varias dolorosas tandas de ajustes estructurales y préstamos condicionados por parte del FMI y el Banco Mundial —y una fuerte presión de los países desarrollados para aceptar y poner en práctica políticas de liberalización económica— es poco probable que los países en vías de desarrollo sigan considerando al derecho internacional como un aliado en sus esfuerzos para mejorar su desarrollo económico.

En la actualidad, el principal objetivo del marco jurídico internacional, especialmente en el ámbito de los recursos naturales, es asegurar que los países en vías de desarrollo hagan todo lo posible para atraer la inversión extranjera, a través de compromisos creíbles que garanticen a los inversores que su propiedad está segura. Estos objetivos están reflejados en numerosos TBI y en un número creciente de TLC bilaterales y regionales. Estos instrumentos, a su vez, son consistentes con la función primordial que los Acuerdos de la OMC asignan a la liberalización del comercio y con los principios políticos reflejados en el famoso Consenso de Washington, promovido por el Banco Mundial y el FMI.⁴

Los críticos del marco internacional actual argumentan que éste restringe indebidamente la capacidad de los países en vías de desarrollo para aplicar políticas que sean socialmente inclusivas y respondan a los intereses de sus ciudadanos. Este enfoque, que a menudo se expresa en la demanda de mayor espacio para formular políticas económicas alternativas, presupone

³ Véase Aponte Miranda, Lillian, “The Role of International Law in Intrastate Natural Resource Allocation: Sovereignty, Human Rights, and Peoples-Based Development”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 45 (mayo), 2012, pp. 785-840; véase también Schrijver, Nico, *Sovereignty over Natural Resources, Balancing Rights and Duties*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.

⁴ Muchlinski, Peter, “Holistic Approaches to Development and International Investment Law: The Role of International Investment Agreements”, en Faundez, Julio y Tan, Celine (eds.), *International Economic Law, Globalization and Developing Countries*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010, pp. 180-204.

que esto permitiría a los países en vías de desarrollo aumentar sus posibilidades de lograr un mayor crecimiento, y así generar un mayor apoyo interno a la globalización económica. Es necesario tener presente que la demanda por flexibilizar el espacio para formular políticas económicas no conlleva necesariamente una crítica radical hacia la globalización. Simplemente es una petición de una aplicación más realista, que tome en cuenta la pluralidad de intereses y los diversos niveles de desarrollo entre países.⁵ Hasta ahora, sin embargo, el argumento a favor de un mayor espacio político se ha centrado ampliamente en los aspectos económicos del derecho internacional, sin tener en cuenta otras áreas del derecho internacional, como la de los derechos humanos o el derecho ambiental. Desde esta perspectiva más amplia, no hay duda de las normas jurídicas internacionales también restringen la capacidad política de los Estados. No obstante, como lo demuestra este capítulo, en la práctica los países en vías de desarrollo aplican las normas internacionales de manera selectiva, lo que les permite crear un espacio más amplio para implementar sus políticas de recursos naturales.

La Declaración de la ONU de 1962 acerca de la “Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales”⁶ refleja adecuadamente el sistema jurídico internacional que regía antes del advenimiento de la globalización neoliberal. Esta Declaración reconoce los derechos de los pueblos y naciones a la soberanía permanente sobre su riqueza y sus recursos naturales, estipulando que los Estados tienen el deber de ejercer estos derechos para el desarrollo y bienestar de su población. En esos años, las obligaciones derivadas del control sobre los recursos naturales pasaron inadvertidas, a pesar de que poco después de la adopción de la Declaración surgieron nuevos principios y normas internacionales que crearon un marco más complejo. Durante los primeros años, la Declaración fue considerada por los países en vías de desarrollo exclusivamente como un instrumento que les permitía restringir los poderes y las prerrogativas de los inversionistas extranjeros.⁷ Pareciera

⁵ Akyuz, Yilmaz, “Multilateral Disciplines and the Question of Policy Space”, en Faundez, Julio y Tan, Celine (eds.), *International Economic Law, Globalization and Developing Countries*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010, pp. 34-66; véase también Montes, Manuel F., *Obstacles to Development in the Global Economic System*, South Centre: Research Paper, núm. 51, 2014; y Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas, *World Economic and Social Survey 2010: Retooling Global Development*, E/2010/50/Rev.1ST/ESA/330, 2010.

⁶ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Resolution 1803 (XVII), Permanent sovereignty over natural resources*, 14 de diciembre de 1962, disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/resources.pdf>.

⁷ Véase al respecto Bilder, Richard, “International Law and Natural Resource Policies”, *Natural Resources Journal*, vol. 20, 1981, pp. 451-486.

que no se percataron de que la Declaración requería que protegiesen todos sus recursos naturales, no solamente aquellos controlados por los inversores extranjeros y destinados a la exportación. En consecuencia, las elites locales —especialmente en el sector agrícola latinoamericano— continuaron utilizando y explotando los recursos naturales sin tener en cuenta las consideraciones medioambientales ni los intereses de los pueblos indígenas o de los campesinos.

Ciertas limitaciones al derecho de los Estados a explotar sus recursos fueron establecidas formalmente en la Declaración de Estocolmo de 1972 sobre el Medio Humano.⁸ El Principio 21 reconoce que los Estados tienen “el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental”, pero añade también que tienen “la obligación de asegurarse que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional”. La Declaración de Río de 1992, adoptada por la Conferencia de la ONU sobre Medio Ambiente y Desarrollo, confirmó el Principio 21, aunque modificó sus términos, añadiendo una referencia a las políticas de desarrollo de los Estados.⁹ El Principio 2 de la Declaración de Río dice lo siguiente: “...los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo...”. La nueva formulación no resta valor a las obligaciones de los Estados relativas al medio ambiente, ya que los Principios 3 y 4 de la Declaración de Río confirman que la protección medioambiental es un componente esencial del desarrollo sostenible. La Declaración de Río también especifica que los Estados deben llevar a cabo evaluaciones cuando se propongan realizar actividades que puedan tener un impacto ambiental adverso.¹⁰ Además, la Declaración reconoce que los pueblos indígenas desempeñan un papel esencial en la gestión del medio ambiente y apela a que los Estados reconozcan su identidad, cultura e intereses para que puedan participar efectivamente en el progreso del desarrollo sostenible.¹¹ Esta perspectiva se explica en el párrafo 26.1 de la Agenda 21 (también adoptada en Río), la cual establece que las políticas

⁸ United Nations, *Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment*, Estocolmo, A/CONF.48/14/Rev.1, junio de 1972, disponible en: <http://www.un-documents.net/unchedec.htm>.

⁹ Naciones Unidas, *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, Río de Janeiro, A/CONF.151/26 (Vol. I), 12 de agosto de 1992, disponible en: <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>.

¹⁰ *Ibidem*, principio núm. 17.

¹¹ *Ibidem*, principio núm. 22.

medioambientales adecuadas deben tener en cuenta a las comunidades indígenas y reconocer su conocimiento tradicional holístico de sus tierras, recursos y medio ambiente.¹² El Convenio sobre la Diversidad Biológica, también firmado en Rio de Janeiro en 1992, afirma que la dependencia de recursos biológicos por parte de las comunidades indígenas debe ser respetada, ya que ello contribuye a la conservación y sostenibilidad de las especies. En consecuencia, el Convenio urge a los Estados a que respeten, preserven y mantengan “los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica...”.¹³

El Convenio de la OIT núm. 169 de 1989 sobre Pueblos Indígenas y Tribales reconoce la estrecha relación entre los valores culturales de las comunidades indígenas y sus tierras y territorios. Este Convenio introduce por primera vez la obligación de los Estados de consultar a los pueblos indígenas “cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”.¹⁴ El Convenio también exige salvaguardias especiales para proteger el derecho de los pueblos indígenas a los recursos naturales, el cual comprende “el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”.¹⁵ En el caso de recursos minerales y otros recursos de subsuelo, el artículo 15.2 determina que “antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación”, los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de estos pudieran ser perjudicados. Las comunidades indígenas tienen derecho a percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir, así como a participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades.¹⁶ En cuanto al traslado o reubicación, el artículo 16 del Convenio dispone que “los pueblos indígenas no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan” a no ser que circunstancias excepcionales así lo requieran. En caso que “el traslado y la reubicación de esos pueblos

¹² Agenda 21 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Rio de Janeiro, Brasil, 3 a 14 de junio de 1992, párr. 26(1), disponible en: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/Agenda21.pdf>.

¹³ Convenio sobre la Diversidad Biológica, Rio de Janeiro, 5 de junio de 1992, artículo 8 (j), disponible en: <https://www.cbd.int/convention/text/>.

¹⁴ Convenio núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, 27 de junio de 1989, artículo 6(1).

¹⁵ *Ibidem*, artículo 15(1).

¹⁶ *Ibidem*, artículo 15(2).

se consideren necesarios, solo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación solo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados”.¹⁷ Los principios fundamentales del Convenio de la OIT fueron avalados en 2007 por la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.¹⁸

El Convenio de la OIT es especialmente importante en América Latina debido a que la mayoría de Estados que lo han ratificado son de dicha región, incluyendo a Brasil, Chile y Ecuador. Además, en numerosas ocasiones la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha tenido la oportunidad de considerar demandas de pueblos indígenas basadas en las disposiciones del Convenio de la OIT y de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969.¹⁹ En estos casos, la Corte ha reconocido que el derecho de los pueblos indígenas a sus tierras y recursos naturales tiene componentes materiales y espirituales.²⁰ Asimismo, la Corte ha confirmado los derechos de los pueblos indígenas a la consulta previa, llevada a cabo con el debido respeto a sus procesos tradicionales de toma de decisiones.²¹

¹⁷ *Ibidem*, artículo 16(2).

¹⁸ Véase en general Barsh, Russel Lawrence, “Indigenous Peoples”, en Bodansky, Daniel *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 830-851; Engle, Karen, “On Fragile Architecture: The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in the Context of Human Rights”, *European Journal of International Law*, vol. 22, núm. 1, 2011, pp. 141-163; Errico, Stefania, “The Controversial Issue of Natural Resources: Balancing States’ Sovereignty with Indigenous People’s Rights”, en Allen, Stephen y Xanthaki, Alexandra (eds.), *Reflections on the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous People*, Oxford, Hart, 2011, pp. 329-366; Schrijver, Nico, *Development without Destruction, the UN and Global Resource Management*, Bloomington, Indiana, Indiana University Press, 2010.

¹⁹ Al respecto véase Errico, Stefania, *op. cit.*

²⁰ Véase por ejemplo Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79, párr. 149. Véase también Antkowiak, Thomas M., “Rights, Resources, and Rhetoric: Indigenous Peoples and the Inter-American Court”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 35 (otoño), 2013, pp. 113-187; Aranibar, Ana María *et al.*, *La industria extractiva en américa latina y el caribe y su relación con las minorías étnicas*, Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Serie Recursos Naturales e Infraestructura, núm. 156, 2011.

²¹ Véase Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245. Véase también Olivares Alanís, Efrén C., “Indigenous People’s Rights and the Extractive Industry: Jurisprudence from the

III. EL BOOM DE LOS RECURSOS NATURALES Y EL CONSENSO DE LOS COMMODITIES

Maristella Svampa y Eduardo Gudynas describen la política latinoamericana sobre recursos naturales durante el reciente boom como el consenso de los *commodities*²² o nuevo “extractivismo”, respectivamente.²³ De acuerdo a Gudynas, esta política es novedosa por varias razones. Primero, hoy en día los Estados están desempeñando un papel activo en la búsqueda de inversiones extranjeras en el sector de los recursos naturales, y están estableciendo marcos normativos para convencer a inversores de países tan variados como China, India y Rusia de que serán tratados de manera justa. En el pasado, la relación entre el gobierno y los inversores extranjeros se basó en concesiones especiales que carecían de transparencia y culminaban en conflictos que generalmente daban lugar a nacionalizaciones. En segundo lugar, los Estados están apoyando cada vez más a inversores extranjeros en sus esfuerzos para encontrar recursos en áreas del país hasta el momento protegidas, ya sea por razones ecológicas o porque los recursos están situados en territorios pertenecientes a comunidades indígenas. En la práctica, como demuestran los estudios de caso a continuación, el apoyo gubernamental a los inversores extranjeros se traduce en una mayor disposición a usar los poderes coercitivos del Estado para contener y reprimir protestas sociales. En tercer lugar, porque los Estados están aplicando políticas para retener una proporción mayor de los ingresos por exportaciones. En cuarto lugar, dicho enfoque es innovador porque los Estados vinculan y justifican la sobreexplotación de los recursos naturales con políticas de distribución de ingresos, lo cual les ayuda a potenciar la popularidad de sus regímenes políticos y la percepción de que el aumento de la inversión extranjera es esencial para alcanzar el progre-

Inter-American System of Human Rights”, *Goettingen Journal of International Law*, vol. 5, núm. 1, 2013, pp. 187-214.

²² Svampa, Maristella, “Consenso de los Commodities y Lenguajes de Valoración en América Latina”, *Nueva Sociedad*, núm. 244 (marzo-abril), 2013, pp. 30-46; Svampa, Maristella, “Consenso de los Commodities Giro Ecoterritorial y Pensamiento Crítico en América Latina”, *Revista del Observatorio Social de América Latina*, vol. 13, núm. 32, 2012, pp. 16-38.

²³ Gudynas, Eduardo, “The New Extractivism of the 21st Century: Ten Urgent Theses about Extractivism in Relation to Current South American Progressivism”, *Americas Program Report*, Washington, D. C., Center for International Policy, 21 de enero de 2010; Gudynas, Eduardo, “Más allá del nuevo extractivismo: transiciones sostenibles y alternativas al desarrollo”, en Wanderley, Fernanda (ed.), *El desarrollo en cuestión*, La Paz, Oxfam, CIDES-UMSA, 2011, pp. 379-410.

so social y económico.²⁴ En Perú, por ejemplo, el Presidente Ollanta Humala justificó la represión violenta de campesinos que protestaban contra el proyecto minero Conga, un proyecto de extracción de oro y cobre liderado por Newmont Mining, con la excusa de que era la única manera de mejorar la calidad de vida de los pobres en Perú. Sin embargo, como candidato presidencial, Humala se había comprometido a detener el proyecto Conga, ya que amenazaba el suministro de agua para más de trescientas personas en el área cercana a Cajamarca. Después de su elección, Humala cambió de opinión y argumentó que era posible tener tanto el agua como el oro.²⁵ El comportamiento del presidente Humala no es inusual. Incidentes similares han ocurrido en Argentina, Bolivia, Guatemala, México y Venezuela.²⁶ Como se muestra a continuación, Chile, Brasil y Ecuador también han roto promesas electorales, han ignorado normas jurídicas internas y han recurrido a medidas coercitivas para expandir sus fuentes de energía y aumentar la producción de minerales.

La causa subyacente del consenso de los *commodities* es el dramático aumento a nivel mundial del precio de los metales y los hidrocarburos que tuvo lugar entre 2003 y 2013. Durante ese periodo el precio de los metales se triplicó, mientras que el precio del petróleo, el gas natural y el carbón aumentó a más del doble.²⁷ El aumento de los precios de la energía y los

²⁴ Véase Gudynas, Eduardo, “Más allá del nuevo extractivismo...”, *cit.*

²⁵ Al respecto Bebbington, Anthony y Humphreys Bebbington, Denise, “Post What? Extractive Industries, Narratives of Development, and Socio-Environmental Disputes across the (Ostensibly Changing) Andean Region”, en Haarstad, Håvard (ed.), *New Political Spaces in Latin American Natural Resource Governance*, Nueva York, Palgrave, 2012, p. 25.

²⁶ Véase en general Bebbington, Anthony y Humphreys Bebbington, Denise, “An Andean Avatar: Post-Neoliberal and Neoliberal Strategies for Securing the Unobtainable”, *New Political Economy*, vol. 16, núm. 1, 2011, pp. 131-145; Canessa, Andrew, *Conflict, Claim and Contradiction in the New Indigenous State of Bolivia*, Berlín, DesiguALdades.net, Working Paper Series, núm. 22, 2012; Carruthers, David V. (ed.), *Environmental Justice in Latin America—Problems, Promise and Practice*, Cambridge, MIT Press, 2008; Haarstad, Håvard, “Extracting Justice? Critical Themes and Challenges in Latin American Natural Resource Governance”, en Haarstad, Håvard (ed.), *New Political Spaces in Latin American Natural Resource Governance*, Nueva York, Palgrave, 2012, pp. 1-16; Svampa, Maristella, “Consenso de los Commodities Giro Ecoterritorial...”, *cit.*; Tockman, Jason y Cameron, John, “Indigenous Autonomy and the Contradictions of Plurinationalism in Bolivia”, *Latin American Politics and Society*, vol. 56, núm. 3, 2014, pp. 46-69.

²⁷ Altomonte, Hugo, *Recursos Naturales en Unasur. Situación y tendencias para una Agenda de Desarrollo Regional*, Santiago, CEPAL, División de Recursos Naturales e Infraestructura, 2013, p. 16.

metales fue desencadenado por la enorme demanda de China.²⁸ Los países latinoamericanos se beneficiaron en gran medida de estas condiciones cambiantes y aumentaron substancialmente sus exportaciones. De hecho, entre 1999 y 2010 la contribución de América Latina a la producción mundial de oro y cobre ascendió del 10% al 20% y del 25% al 45%, respectivamente.²⁹ La contribución del sector minero a los ingresos fiscales también aumentó considerablemente. En los periodos 1990-2003 y 2004-2009 los ingresos fiscales de las exportaciones mineras en Bolivia aumentaron a más del triple, del 1% al 3.7%, mientras que en Chile y en Perú se registró un aumento más que cuádruple, del 8.2% al 37.5% y del 2.9% al 14.2%, respectivamente.³⁰

El *boom* de las materias primas ha generado la inquietud de que los países latinoamericanos estén regresando a su papel tradicional como proveedores de materias primas de las economías industriales avanzadas, proceso conocido como *reprimarización*.³¹ La composición variable de las exportaciones de la región apoya esta teoría. En 1981/82, los productos primarios representaban el 52% de las exportaciones de la región; en 1998/99 el porcentaje había descendido considerablemente hasta un 27%, pero diez años más tarde, durante el boom de las materias primas, volvió a aumentar, alcanzando el 38% del total de las exportaciones.³² Estas cifras demuestran que los países latinoamericanos se han beneficiado al máximo del aumento de la demanda de productos minerales y energéticos. Además, pese a las importantes diferencias políticas, todos ellos participan en la promoción y el desarrollo de las exportaciones de materias primas. De esta manera, países tan dispares como Chile, que sigue fielmente el modelo neoliberal; Ecuador, que tiene importantes conflictos jurídicos con inversores extranjeros; y Brasil, donde el Estado continúa desempeñando un papel importante en la economía; están decididos a aumentar la explotación de recursos no renovables sin tener en cuenta las consecuencias sociales y ambientales.

El boom de las materias primas también trajo consigo una expansión del territorio dedicado a la explotación de recursos naturales, lo cual, a

²⁸ Hogenboom, Barbara, "Depoliticized and Repoliticized Minerals in Latin America", *Journal of Developing Societies*, vol. 28, núm. 2, 2012, pp. 142 y 143.

²⁹ Véase Altomonte, Hugo, *op. cit.*, p. 21.

³⁰ *Idem.*

³¹ Veltmeyer, Henry, "Extractive Capital and the Policy Dynamics of the Post-neoliberal State", en Veltmeyer, Henry (ed.), *Development in an Era of Neoliberal Globalization*, Londres, Routledge, 2014, pp. 140 y 141.

³² Bárcena, Alicia, *Gobernanza de los recursos naturales en América Latina y el Caribe*, Santiago, CEPAL (Seminario Gobernanza de los Recursos Naturales en América Latina y el Caribe, 24 de abril), 2012.

su vez, ha provocado un aumento drástico en el número de conflictos socioambientales. El Observatorio de Conflictos Mineros de América Latina (OCMAL) informa de que, desde finales de los noventa, ha habido más de 200 conflictos socioambientales importantes. La mayoría de estos conflictos se relacionan con proyectos mineros de oro y cobre, y los países con mayor número de conflictos son Argentina, Brasil, Chile, Colombia y México.³³ En Brasil, una importante fuente de conflictos ha sido el fracaso del gobierno a la hora de prevenir la deforestación de las áreas protegidas, para dejar espacio para la producción de combustible biodiésel.³⁴

IV. BRASIL: LA PRESA BELO MONTE Y LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

En 2011, la energía hidráulica representaba el 11% del suministro de energía de América Latina, mientras que solo representaba el 2% en el resto del mundo.³⁵ Este porcentaje relativamente alto de energía hidráulica en proporción al suministro de energía no es sorprendente, dado que Sudamérica tiene un tercio de las reservas mundiales de agua dulce.³⁶ Debido a la abundancia de recursos hídricos, Sudamérica podría producir potencialmente 590GW, mientras que actualmente solo produce 137GW. Entre los países sudamericanos Brasil es, sin lugar a dudas, el líder en el desarrollo de energía hidroeléctrica. Posee el 90% de presas en la región, 41% de las cuales están situadas en el Amazonas. Tiene el potencial para producir 260GW de hidroelectricidad, lo cual es casi la mitad de la capacidad estimada de la región.³⁷

En los últimos años, Brasil ha empezado a desarrollar su proyecto hidroeléctrico más ambicioso: la presa Belo Monte. Financiado principalmente por el Estado y capitales nacionales, el proyecto implica la construcción de una presa hidroeléctrica en el Río Xingu —uno de los principales afluentes del Amazonas. Previsiblemente será la tercera presa hidroeléctrica más grande del mundo, y se estima que tendrá capacidad para producir 11,000

³³ Véase Observatorio de Conflictos Mineros en América Latina, *Mapa de conflictos mineros, proyectos y empresas mineras en América Latina*, 2014, disponible en: http://mapa.conflictosmineros.net/ocmal_db/; véase también Bárcena, Alicia, *op. cit.*

³⁴ Viola, Eduardo, “Transformations in Brazilian Deforestations and Climate Policy since 2005”, *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 14, 2013, p. 118.

³⁵ Altomonte, Hugo, *op. cit.*, p. 80.

³⁶ Véase Sempris, Emilio, “Climate Change and Freshwater in Latin America and the Caribbean”, *UN Chronicle*, vol. 6 (3/4), 2009, disponible en: <http://unchronicle.un.org/article/climate-change-and-freshwater-latin-america-and-caribbean/>.

³⁷ Altomonte, Hugo, *op. cit.*, pp. 80 y 81.

MW al año contribuyendo a aumentar la capacidad energética del país en un 5.4% anual.³⁸ El proyecto, que ha sido objeto de discusión y preparación durante más de tres décadas, ha generado reticencias por parte de varios grupos en Brasil, especialmente por parte de comunidades indígenas, las cuales sufrirán un daño irreparable. Las importantes consecuencias medioambientales del proyecto también han llamado la atención de un amplio público internacional.³⁹

A lo largo de los años, el gobierno ha sido cuestionado por diversas razones, especialmente por no proporcionar evaluaciones creíbles sobre el impacto medioambiental del proyecto y por su negativa a llevar a cabo consultas adecuadas con las comunidades locales. Después de fracasar en el intento de convencer al gobierno de que cambiase su política, los oponentes del proyecto llevaron su caso a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), un órgano de la Organización de Estados Americanos (OEA).⁴⁰ La Comisión respondió favorablemente y el 1 de abril de 2011 otorgó medidas cautelares ordenando al gobierno que suspendiese el proyecto hasta llevar a cabo consultas adecuadas con las comunidades indígenas afectadas.⁴¹ También ordenó al gobierno que proporcionase a las comunidades afectadas acceso a los informes sobre impacto ambiental y social, y que adoptase medidas para proteger la vida y la integridad personal de los miembros de las comunidades indígenas.⁴² La respuesta del gobierno fue rápida y contundente: anunció que no cumpliría con las medidas cautelares, retiró a su embajador de la OEA, declaró que suspendería su contribución

³⁸ Bratman, Eve Z., “Passive Revolution in the Green Economy: Activism and the Belo Monte Dam”, *International Environmental Agreements: Politics Law, and Economics*, vol. 15, núm. 1, 2015, pp. 61-77; véase también Lawson-Remer, Terra, “Property Insecurity”, *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 38, 2015, p. 181.

³⁹ Bratman, Eve Z., “Contradictions of Green Development: Human Rights and Environmental Norms in Light of Belo Monte Dam Activism”, *Journal of Latin American Studies*, vol. 46, núm. 2, 2014, pp. 261-289.

⁴⁰ Véase al respecto Jampolsky, Jacquelyn Amour, “Activism is the New Black! Demonstrating the Benefits of International Celebrity Activism through James Cameron’s Campaign against the Belo Monte Dam”, *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, vol. 32 (invierno), 2012, pp. 227-256.

⁴¹ CIDH, Otorgamiento de Medidas Cautelares, MC 382/10 – Comunidades Indígenas de la Cuenca del Río Xingu, Pará, Brasil, 1 de abril de 2011.

⁴² Graeff, Bibiana, “Should We Adopt Specific Regulations to Protect People that are displaced by Hydroelectric projects? Reflections Based on Brazilian Law and the Belo Monte Case”, *Florida A&M University Law Review*, vol. 7 (primavera), 2012, pp. 261-288.

financiera a dicha organización y amenazó con emprender importantes reformas relativas al sistema interamericano de derechos humanos.⁴³

La confrontación entre Brasil y la CIDH ha sido resuelta, pero la respuesta vehemente de Brasil, la cual fue apoyada por otros países de la región, notablemente Argentina, Ecuador y Venezuela, ilustra la contradicción aparentemente irresoluble entre las normas de gobernanza nacionales e internacionales. Para comprender la enérgica reacción del gobierno es necesario tener en cuenta que Brasil es el segundo mayor productor mundial de energía hidroeléctrica y que el 75% de su suministro de energía eléctrica es generado por hidroelectricidad. Como era de esperar, Brasil se considera a sí mismo como modelo en cuanto a la observancia de las normas ambientales internacionales. En los últimos años Brasil también ha estado en la vanguardia de la producción de combustible de etanol, que en 2010 representó el 30% de su consumo nacional para el transporte. Aun así, no todas las estadísticas apoyan la idea de que Brasil sea ejemplar, ya que en 2005 fue el quinto mayor emisor mundial de carbono, responsable del 5% de las emisiones globales de dicho gas. Sin embargo, entre 2005 y 2009, Brasil consiguió reducir un 25% sus emisiones de GEI, manteniendo a la vez una tasa de crecimiento económico del 3.5%.⁴⁴

Como inversionista principal en el proyecto Belo Monte, el gobierno es también el principal destinatario de la resistencia popular. Varios factores explican la oposición al proyecto: la actitud prepotente del gobierno hacia las comunidades indígenas, el hecho de no haber llevado a cabo evaluaciones adecuadas del impacto social, y el incumplimiento de los procedimientos previos a la expedición de licencias de instalación y producción. Ha sido estimado que, una vez terminado, el proyecto habrá destruido una cantidad considerable de la flora acuática y ribereña del Amazonas, ya que se prevé que un área de aproximadamente 2700 kilómetros quedará sin agua. Se calcula que el número de personas directamente afectadas por el proyecto será cercano a las 40,000, de las cuales 20,000 serán forzosamente desplazadas.⁴⁵ Las comunidades indígenas afirman que el proyecto tendrá un efecto perturbador sobre su modo de vida, mientras que los ecologistas están preocupados por el hecho de que el proyecto acelerará aún más la tasa

⁴³ Sotero, Paulo, “El desafío brasileño: Cómo gestionar las relaciones regionales asimétricas más allá de la OEA”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, núm. 97-98 (abril), 2012, pp. 101-116.

⁴⁴ Viola, Eduardo, *op. cit.*, pp. 109-111.

⁴⁵ Véase Jampolsky, Jacquelyn Amour, *op. cit.*, pp. 244-245; véase asimismo Amazon Watch, *Brazil’s Belo Monte Dam: Sacrificing the Amazon and its Peoples for Dirty Energy*, disponible en: <https://web.archive.org/web/20180112193117/amazonwatch.org/work/belo-monte-dam>.

de deforestación, aumentará las emisiones de GEI y causará un importante daño al ecosistema de la región.

Los grupos que se oponen al Proyecto Belo Monte han recurrido a tribunales nacionales para impugnar el procedimiento utilizado para su aprobación. Su principal queja es que el gobierno consiguió la aprobación legislativa y concedió licencias ambientales sin antes llevar a cabo las consultas apropiadas con las comunidades indígenas afectadas por el proyecto. Las causas judiciales contra el gobierno han sido formuladas por el Ministerio Público Federal, la Defensoría Pública del Estado de Pará y varias ONG locales. Aunque la mayoría de estos casos están sufriendo los retrasos inevitables que caracterizan al sistema judicial brasileño, algunos tribunales, invocando una doctrina que les permite no cuestionar las decisiones de los órganos políticos del Estado, se han alineado con el gobierno.⁴⁶ No obstante, en agosto de 2012 un tribunal federal ordenó la suspensión inmediata del proyecto basándose en el hecho de que había sido aprobado sin llevar a cabo las consultas adecuadas, según lo exige la Constitución y el Convenio de la OIT núm. 169.⁴⁷ Esta orden, sin embargo, fue rápidamente revocada por una decisión controvertida del Presidente de la Corte Suprema.⁴⁸ Aunque dicha decisión ha sido recurrida, el trabajo en Belo Monte se retomó poco después de que fuese adoptada.⁴⁹

La respuesta desafiante del gobierno a las medidas provisionales ordenadas por la CIDH es lamentable, pero no sorprendente debido a su absoluta determinación a seguir adelante con el proyecto. La respuesta del gobierno también refleja el compromiso personal de la expresidenta Dilma Rousseff con el proyecto, ya que en su anterior cargo como Ministra de Energía y Minería fue una de sus principales proponentes.⁵⁰ También se ha sugerido que la reacción de Dilma Rousseff a la decisión de la CIDH se explica por su hostilidad hacia la OEA, que en el pasado estuvo firmemente bajo el control del gobierno de los Estados Unidos y constantemente apoyó

⁴⁶ Esta doctrina tiene entre sus fundamentos jurídicos el artículo 4 de la Ley núm. 8.437/92, y básicamente establece la posibilidad de que un tribunal suspenda un requerimiento judicial preliminar contra decisiones o actos de las autoridades públicas.

⁴⁷ Tribunal Regional Federal 1ª Região, Embargos de Declaração na Apelação Cível (EDAC) 711 PA 2006.39.03.000711-8, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, sentencia de 13 de agosto de 2012.

⁴⁸ Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar na Reclamação – Rel 14.404 MC/DF, Min. Rel. Ayres Britto, sentencia de 27 de agosto de 2012; véase al respecto de Oliveira Franco *et al.*, “Desenvolvimento e direitos humanos. Marcas de inconstitucionalidade no processo Belo Monte”, *Revista Direito GV*, São Paulo, vol. 9, núm. 1, enero-junio de 2013, pp. 93-114.

⁴⁹ Amazon Watch, *op. cit.*

⁵⁰ Sotero, Paulo, *op. cit.*, p. 108.

a dictadores en América Latina. Además, en su juventud, como activista de izquierda, la propia expresidenta Rousseff fue víctima de violaciones a los derechos humanos cometidas por regímenes militares que gozaban del apoyo de los Estados Unidos y de la OEA.⁵¹

La reacción de Brasil en contra de la decisión de la CIDH demostró ser muy eficaz. El 29 de julio de 2011, solamente cuatro meses después de la decisión original, la Comisión retiró la orden de suspender el trabajo en el proyecto.⁵² En su lugar, solicitó que el gobierno adoptase medidas para proteger la vida, la salud y la integridad física de los miembros de las comunidades indígenas Xingu Basin. Asimismo, solicitó que el gobierno acelerase el proceso de regularización de las tierras ancestrales de estas comunidades y que adoptase medidas para proteger sus tierras, para evitar la intrusión y ocupación por parte de la población no indígena y la explotación y deterioro de sus recursos naturales. La CIDH justificó su cambio de política debido a que, a su juicio, la controversia se había transformado en una disputa sobre los méritos del proyecto, y esto no estaba dentro del ámbito de sus competencias. Esta justificación es sin duda válida, pero resulta difícil no considerar el cambio de política de la Comisión como un paso atrás que contribuyó a reforzar la posición del gobierno en su conflicto con las comunidades indígenas y los ecologistas.⁵³

V. CHILE: LOS PROYECTOS HIDROELÉCTRICOS PANGUE/RALCO

Chile depende en gran medida de la energía hidráulica para su electricidad, ya que no tiene petróleo o gas natural. En los últimos años, la demanda de electricidad ha aumentado principalmente debido a su exitosa política económica y crecimiento sostenido, que en parte ha sido impulsado por el aumento de producción de cobre, la principal exportación de Chile. En consecuencia, el gobierno y el sector privado han demostrado interés en el desarrollo

⁵¹ *Ibidem*, p. 110.

⁵² CIDH, Otorgamiento de Medidas Cautelares, MC 382/10 – Comunidades Indígenas de la Cuenca del Río Xingú, Pará, Brasil, 29 de julio de 2011.

⁵³ Las causas del fracaso de los activistas en contra de este proyecto han sido analizadas por Bratman, Eve Z., “Passive Revolution in the Green...”, *cit.* Para un análisis favorable a la posición oficial ver Burrier, Grant, “The Developmental State, Civil Society, and Hydroelectric Politics in Brazil”, *Journal of Environment and Development*, vol. 25, núm. 3, 2016, pp. 332-358.

de nuevas fuentes de energía hidroeléctrica.⁵⁴ Inevitablemente estos proyectos han generado una fuerte oposición, especialmente entre las comunidades indígenas y los ecologistas. La principal empresa involucrada en este tipo de proyectos fue privatizada en 1989 y años más tarde, en 2009, fue adquirida por Endesa International, subsidiaria del Grupo Endesa de España.

La construcción de presas hidroeléctricas a lo largo del Río Bío-Bío —río principal de Chile y territorio de la comunidad indígena Mapuche/Pehuenque— empezó antes de que la mencionada empresa fuese adquirida por inversores extranjeros.⁵⁵ Las dos principales presas en el Bío-Bío son la presa Pangué, completada en 1996 y financiada en parte por la Corporación Financiera Internacional (CFI) del Banco Mundial, y la presa Ralco, finalizada en 2004 y situada un par de millas río arriba en relación a la presa Pangué. Aunque la CFI no financió el proyecto Ralco, la CFI y el Banco Mundial fueron destinatarios de reclamaciones de personas afectadas por ambos proyectos, debido a que a su juicio ambas presas —Pangué y Ralco— funcionan como unidad dentro de un mismo sistema. Recientemente, Endesa también ha estado implicada en otro importante proyecto hidroeléctrico, HydroAysen, que tiene previsto construir presas en la Patagonia, en una de las reservas naturales más valiosas del mundo —un área que contiene fiordos, selvas costeras y glaciares, lagos y ríos.⁵⁶ La fuerte oposición política a estos proyectos forzó al gobierno de Michelle Bachelet, en junio de 2014, a cancelar los permisos ambientales, pero dejando abierta la posibilidad de que los promotores modificaran sus planes. Esta sección se centra en algunos aspectos de la controversia generada por los proyectos Pangué y Ralco.

Los proyectos Pangué y Ralco fueron llevados a cabo con poco o ningún respeto por los derechos de las comunidades indígenas. Sus tierras agrícolas fueron inundadas, sus yacimientos arqueológicos y cementerios destruidos y más de 600 miembros de la comunidad fueron obligados a reubicarse.⁵⁷

⁵⁴ Prieto, Manuel y Bauer, Carl J., “Hydroelectric Power Generation in Chile: An Institutional Critique of the Neutrality of Market Mechanisms”, *Water International*, vol. 37, núm. 2, 2012, pp. 131-146.

⁵⁵ Véase al respecto Orrego-Silva, Juan Pablo, “In Defence of the Bío-Bío River”, en Dannaiya Usher, Ann (ed.), *Dams as Aid*, Londres, Routledge, 1997, pp. 153-170.

⁵⁶ Barton, Jonathan *et al.*, “Resource Extraction and Local Justice in Chile: Conflicts over the Commodification of Spaces and the Sustainable Development of Places”, en Harstad, Håvard (ed.), *New Political Spaces in Latin American Natural Resource Governance*, Nueva York, Palgrave, 2012, pp. 120-123.

⁵⁷ Véase Haughney, Diane, *Neoliberal Economics, Democratic Transition, and Mapuche Demands for Rights in Chile*, Gainesville, University Press of Florida, 2006.

Aunque estas consecuencias son habituales en este tipo de proyectos, este caso es de especial interés porque ilustra el enfoque despiadado del gobierno hacia los asuntos que involucran los derechos de las comunidades indígenas. Este caso ilustra también la cínica manipulación de la información técnica por parte del Banco Mundial, destinada a encubrir y proteger la mala conducta de los inversionistas.

La política del gobierno en los casos Pangué y Ralco es consistente con el trato deplorable sufrido por los pueblos indígenas en Chile.⁵⁸ Los Mapuches son el grupo indígena más numeroso de Chile, representando entre el 4% y el 10% de la población del país.⁵⁹ Históricamente, su territorio estaba situado al sur del río Bío-Bío. Resistieron a la ocupación colonial, y como resultado en 1641 la Corona de España reconoció sus derechos territoriales. Después de la independencia, en 1818, los Mapuches retuvieron el control sobre su territorio. A mediados del siglo XIX, las élites locales iniciaron una campaña para apropiarse de sus tierras. Inicialmente, el gobierno estableció un marco legal que permitió a especuladores comprar tierras de los Mapuches. Cuando este sistema falló, el gobierno lanzó una brutal campaña militar que duró quince años y que causó la muerte de cientos de mapuches, además de la destrucción de su modo de vida y la expropiación de la mayor parte de sus tierras. Después de su derrota, algunas comunidades indígenas recibieron pequeñas propiedades agrícolas —llamadas *mercedes*— pero más del 30% de los miembros del pueblo Mapuche tuvo que abandonar su territorio ancestral para convertirse en trabajadores agrícolas o sirvientes domésticos.⁶⁰

Excepto por un pequeño interludio durante las administraciones reformistas de Eduardo Frei (1964-70) y Salvador Allende (1970-73), la política del Estado chileno hacia los Mapuches ha estado caracterizada por el abandono económico y la discriminación social.⁶¹ Pero incluso durante este pequeño interludio progresista, el objetivo primordial del Estado no cambió:

⁵⁸ Bengoa, José, *Historia del Pueblo Mapuche Siglo XIX y XX*, Santiago, Ediciones LOM, 2000.

⁵⁹ Klein, Fernando, “Los movimientos de resistencia indígena: el caso mapuche”, *Gazeta de Antropología* 24 (1), 2008, disponible en: http://www.ugr.es/~pwlac/G24_04Fernando_Klein.html.

⁶⁰ Faundez, Julio, *Democratization, Development and Legality – Chile, 1831-1973*, Nueva York, Palgrave Press, 2007, pp. 25 y 26.

⁶¹ Véase al respecto Haughney, Diane, “Defending Territory, Demanding Participation: Mapuche Struggles in Chile”, *Latin American Perspectives*, vol. 39, núm. 4, 2012, pp. 201-217; Richards, Patricia, “The Mapuche Movement, the Popular Unity, and the Contemporary Left”, *NACLA Report on the Americas*, 2013, disponible en: <https://nacla.org/article/mapuche-movement-popular-unity-and-contemporary-left>; Tomaselli, Alexandra, “Natural Resources Claims, Land Conflicts and Self-Empowerment of Indigenous Movements in the Cono Sur—The

convertir a los Mapuche en ciudadanos, si bien de segunda clase, negándoles su identidad como pueblo. Bajo la dictadura de Augusto Pinochet, el gobierno proclamó oficialmente que no había pueblos indígenas en Chile y que el estatus de los Mapuche como grupo étnico era irrelevante para la adjudicación de la propiedad de las tierras.⁶² En este contexto, no es sorprendente que a finales de los noventa el gobierno se permitiera ignorar sus derechos de manera flagrante y, en coordinación con los inversionistas privados y el Banco Mundial, decidiera utilizar todos los medios disponibles para ocultar el costo humano y las consecuencias medioambientales del proyecto.

El retorno a la democracia en 1990 trajo consigo la esperanza de que el Estado reconociese los derechos de las comunidades indígenas. Esta esperanza fue materializada, al menos formalmente, cuando el gobierno logró la aprobación de dos importantes leyes: la primera, aprobada en 1993, prohibía la venta de tierras indígenas a personas no indígenas; y la segunda, aprobado en 1994, requería a los inversionistas que llevaran a cabo evaluaciones de impacto ambiental antes de ejecutar proyectos que pudiesen alterar las costumbres de las comunidades o implicar su reubicación.⁶³ Las buenas intenciones reflejadas en estas dos leyes fueron olvidadas cuando la administración del presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle (1994-2000), ignorando sus disposiciones, ejerció enorme presión sobre las agencias del Estado para aprobar los proyectos, destituyendo funcionarios que simpatizaban con las comunidades indígenas y distorsionando la evaluación de impacto ambiental.⁶⁴ Además, cuando la Corte de Apelaciones de Concepción falló en contra del proyecto en un tema relativo al derecho al agua, la Comisión Nacional de Energía, una de las principales agencias estatales implicadas

Case of the Mapuche People in Chile”, *International Journal on Minority and Group Rights*, vol. 19, 2012, pp. 153-174.

⁶² Funk, Kevin, “«Today There Are No Indigenous People» in Chile? Connecting the Mapuche Struggle to Anti-Neoliberal Mobilizations in South America”, *Journal of Politics in Latin America*, vol. 4, núm. 2, 2012, pp. 125-140.

⁶³ Ministerio de Panificación y Cooperación, Ley 19253, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y Crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, publicada el 5 de octubre de 1993, artículo 13, disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30620&idVersion=2014-03-25>; Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Ley 19300, Que Aprueba Ley Sobre Bases Generales Del Medio Ambiente, publicada el 9 de marzo de 1994, artículos 7-15, disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30667>.

⁶⁴ Aylwin, José, *The Ralco Dam and the Pehuenche People in Chile: Lessons From an Ethno-Environmental Conflict, Paper presented at the Conference Towards Adaptive Conflict Resolution: Lessons From Canada and Chile*, Vancouver, Canadá, Centre for the Study of Global Issues, University of British Columbia, 2002; Haughney, Diane, *op. cit.*

en este proceso, emitió unas declaraciones alarmistas, afirmando que si el proyecto no avanzaba los precios de la electricidad aumentarían cerca de un 50%.⁶⁵ Más tarde la Corte Suprema revocó la decisión de la Corte de Apelaciones, permitiendo de esa manera el avance del proyecto Ralco.⁶⁶

Uno de los aspectos más vergonzosos de la intervención del gobierno a favor de los promotores del proyecto Ralco fue la manera en la que socavó la autoridad del CONADI (Corporación Nacional de Desarrollo Indígena), una agencia estatal establecida en 1993 para proteger los derechos y el interés de las comunidades indígenas. El Director de CONADI fue despedido de su cargo cuando anunció que apoyaría las reclamaciones de las familias indígenas afectadas por el proyecto. Su sucesor, que igualmente apoyó a las comunidades indígenas desplazadas, también fue destituido. Finalmente, el gobierno encontró un sucesor que apoyaba a los inversionistas y así, el proyecto pudo al fin ser aprobado.⁶⁷

Los proyectos Pangué/Ralco plantean también serios interrogantes sobre el compromiso del Grupo del Banco Mundial con la protección ambiental y el respeto de los derechos de los pueblos indígenas. La CFI, inversora en el Proyecto Pague, fue duramente criticada tanto dentro como fuera de Chile, por menospreciar los derechos de las personas que vivían en el territorio.⁶⁸ En respuesta a estas críticas, la CFI nombró a un experto independiente, Theodore Downing, para llevar a cabo una auditoría sobre el impacto social del proyecto. El informe de Downing, presentado a la CFI en mayo de 1996, concluyó que el Proyecto no había tomado en cuenta los derechos de los pueblos indígenas ni les había otorgado una compensación adecuada.⁶⁹ Antes de que Downing finalizara su informe, una ONG chilena

⁶⁵ Haughney, Diane, *op. cit.*, p. 108.

⁶⁶ Corte Suprema de Chile, Orrego Silva, Pablo y otros con Empresa Eléctrica Pangué, S.A. (recurso de protección), 5 de agosto de 1993, *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, t. XC, pp. 193-203. Véase asimismo Bauer, Carl J., *Contra la corriente: privatización, mercados de agua y el Estado en Chile*, Santiago de Chile, LOM Ediciones, 2002, pp. 158 y 159.

⁶⁷ Barrera Hernández, Lila, "Got Title, Will Sell: Indigenous Rights to Land in Chile and Argentina", en McHarg, Aileen *et al.* (eds.), *Property and the Law in Energy and Natural Resources*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 197.

⁶⁸ Johnston, Barbara Rose y García-Downing, Carmen, "Hydroelectric Development on the Bio-Bío River, Chile: Anthropology and Human Rights Advocacy", en Blaser, Mario *et al.* (eds.), *In the Way of Development—Indigenous Peoples, Life Projects and Globalization*, Londres, Zed Press, 2004, pp. 214 y 215.

⁶⁹ Downing, Theodore, *A Participatory Interim Evaluation of the Pehuen Foundation (IFC 2067)*, 1996, disponible en: <http://allthingsaz.com/wp-content/uploads/2012/02/Downing-Pehuen-report-methodology.pdf>; redactado para la Corporación Financiera Internacional por T.E. Downing, AGRA Earth and Environment en colaboración con Downing and Associates,

presentó una solicitud ante el Panel de Inspección del Banco Mundial, argumentando que el proyecto violaba las directivas del Banco sobre el medio ambiente y los pueblos indígenas. El Panel no aceptó la solicitud debido a que las actividades de la CFI no están dentro de su competencia. Entretanto la CFI aceptó el informe de Downing, pero Endesa lo rechazó y amenazó con presentar una demanda si el informe se hacía público. La CFI acordó no divulgarlo y, a su vez, amenazó a Downing con una demanda judicial si él lo hacía.⁷⁰ Al mismo tiempo, otro informe técnico para evaluar la calidad de la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) fue encargado a una ONG local. Este informe concluyó que la EIA no proporcionó información adecuada sobre el impacto ambiental o sobre los planes de reubicación de 500 individuos que serían desplazados. Estas conclusiones fueron apoyadas por la Agencia Ambiental del gobierno (CONAMA). El gobierno, sin embargo, no estuvo de acuerdo con la opinión de CONAMA de apoyar el informe y le ordenó cambiar su opinión.⁷¹

En un gesto ostensiblemente dirigido a compensar el hecho de que el Panel de Inspección no hubiese sido capaz de hacerse cargo de las solicitudes de las comunidades indígenas, James Wolfensohn, el presidente del Banco Mundial, contrató al doctor Jay Hair, y le dio instrucciones para que examinase si el proyecto cumplía con las normas del Banco Mundial sobre derechos humanos y derecho ambiental. El nombramiento de este segundo experto fue un movimiento astuto, ya que le permitió a la CFI negarse a publicar el Informe Downing, argumentando que esto podría perjudicar la investigación del doctor Hair. El doctor Hair entregó su informe en abril de 1997, pero solo en julio fue presentado al Directorio de la CFI. Cuando finalmente fue publicado, un tercio de su texto había sido redactado con el asesoramiento de consejeros jurídicos externos.⁷² La publicación tardía e incompleta de los informes Downing y Hair permitió que el programa de

1996; presentado a la Corporación Financiera Internacional el 7 de mayo de 1996; véase al respecto Johnston, Barbara Rose y García-Downing, Carmen, *op. cit.*, p. 215.

⁷⁰ Al respecto American Anthropological Association, *The Pehuenche, the World Bank Group and ENDESA S.A. Violations of Human Rights in the Pangué and Ralco Dam Projects on the Bío-Bío River*, 1998, disponible en: <https://acervo.socioambiental.org/sites/default/files/documents/Q5D00004.pdf>.

⁷¹ Johnston, Barbara Rose y García-Downing, Carmen, *op. cit.*, p. 216.

⁷² Hair, Jay D., *Pangué Hydroelectric Project (Chile): An Independent Review of the International Finance Corporation's Compliance with Applicable World Bank Group Environmental and Social Requirements*, 1997, disponible en: <http://www.sds.org/wp-content/uploads/2010/02/Pangué-hydroelectric-project.pdf>.

reubicación se completara antes que los errores y deficiencias de las EIAs fueran hechos públicos y reconocidos oficialmente.⁷³

Este episodio avergonzó tanto al Banco Mundial que, en 1998, su presidente se disculpó públicamente por el daño causado a los habitantes locales.⁷⁴ Para las víctimas del proyecto, las disculpas del Banco Mundial fueron irrelevantes. No obstante, la mala publicidad generada por este episodio contribuyó a que el Banco Mundial tomara conciencia sobre las consecuencias negativas de las presas y también impulsó al Banco Mundial a cofinanciar la Comisión Mundial sobre Presas. La CFI también llevó a cabo una revisión de sus políticas y en 1999 estableció la Oficina del Asesor en Cumplimiento/Ombudsman para considerar quejas de miembros de comunidades que puedan estar afectadas por proyectos financiados por la CFI o el OMGI (Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones).⁷⁵

VI. ECUADOR: EL PROYECTO MIRADOR-CHINA Y LA MADRE NATURALEZA

Desde el comienzo de este siglo, Ecuador se ha beneficiado al máximo del boom de las materias primas. Aunque sus relaciones con importantes compañías petroleras —Texaco, Chevron y Occidental— no han sido fáciles, inversionistas de otros países, sobre todo de Canadá y China, están presentes en el país buscando nuevas oportunidades. El boom en la demanda de minerales, combinado con la escasa regulación del sector minero, ha llevado en los últimos años a una verdadera explosión en el número de concesiones petroleras y mineras. En este contexto, la aplicación deficiente de las leyes y sus respectivos reglamentos ha permitido ignorar los intereses de las comunidades indígenas. En una sentencia reciente, basada en una disputa que data de finales de los noventa, la Corte IDH consideró que, al otorgar licencias de explotación sin consultar a la comunidad Kichwa de Sarayaku, Ecuador había

⁷³ Véase Johnston, Barbara Rose y García-Downing, Carmen, *op. cit.*, p. 221.

⁷⁴ Mariqueo, Aldisson Anguita, “Chilean Economic Expansion and Mega-development Projects in Mapuche Territories”, en Blaser, Mario *et al.*, *In the Way of Development: Indigenous Peoples, Life Projects, and Globalization*, Londres-Nueva York, Zed Books, 2004, p. 222.

⁷⁵ Al respecto Compliance Advisor Ombudsman (IFC-MIGA), *Assessment by the Office of the Compliance Advisor/Ombudsman in relation to a complaint filed against IFC's investment in ENDESA Pangué S.A.*, 2003, disponible en: <http://www.cao-ombudsman.org/cases/document-links/documents/PanguéAssessmentReportFINALJune2003.pdf>.

violado la Convención Americana de Derechos Humanos.⁷⁶ Desde entonces, los Kichwa y otros grupos indígenas en Ecuador han logrado introducir de forma exitosa importantes cambios en la constitución y en la legislación minera.⁷⁷ Sin embargo, lamentablemente, como se demuestra a continuación, el gobierno y los inversionistas extranjeros continúan atropellando los derechos de los pueblos indígenas y prestando poca o ninguna atención a las consideraciones ambientales.

Con el objetivo de atraer inversiones, Ecuador adoptó una Ley Minera en 1991, la cual fue complementada en 1997 con regulaciones ambientales favorables para la industria minera pero no para el medio ambiente.⁷⁸ Estos instrumentos jurídicos, favorables al libre mercado (*market-friendly*), permitieron al gobierno otorgar concesiones mineras sin requerir que los inversionistas proporcionasen planes detallados de exploración y explotación o evaluaciones rigurosas del impacto social y ambiental. No es sorprendente entonces que, aplicando este marco jurídico laxo, en 2008 se otorgasen más de cuatro mil concesiones mineras, cubriendo un área de 5.5 millones de hectáreas, casi el 20% del territorio, incluyendo áreas pertenecientes a comunidades indígenas, bosques protegidos y tierras agrícolas. La mayoría de estas nuevas concesiones fueron otorgadas sin evaluar adecuadamente su impacto social o ambiental y muchos de los concesionarios eran especuladores, altos funcionarios públicos o destacados miembros de la élite local.⁷⁹

La constitución del 2008, aprobada por una asamblea constitucional, intentó remediar algunas de las deficiencias del sector minero. En su artículo 57, la nueva constitución reconoce y garantiza los derechos colectivos de las comunidades indígenas, incluyendo su derecho a la propiedad y el control sobre sus tierras ancestrales, así como el derecho a participar en la conservación de los recursos naturales no renovables. También reconoce su derecho a no ser desplazadas de sus tierras y el derecho a ser consultadas antes de la adopción de medidas legislativas que puedan afectar a cualquiera de sus derechos.⁸⁰ La constitución reconoce los derechos de la “madre naturaleza”

⁷⁶ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79, párrs. 142-155. Véase también Olivares Alanís, Efrén C., *op. cit.*, pp. 209-210.

⁷⁷ Véase Becker, Marc, *Pachakutik, Indigenous Movements and Electoral Politics in Ecuador*, Boulder, Rowman and Littlefield Publishers, 2011.

⁷⁸ Sacher, William y Acosta, Alberto, *La minería a gran escala en Ecuador*, Quito, Universidad Politécnica Salesiana, Ediciones Abya-Yala, 2012, pp. 14 y 15.

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 16 y 41.

⁸⁰ Constitución de la República de Ecuador de 2008, artículo 57, disponible en: www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.PDF.

o *pachamama*,⁸¹ y determina específicamente que cuando la explotación de recursos naturales tenga un impacto ambiental severo o permanente, el Estado tiene la obligación de compensar o mitigar el daño.⁸² Pese a estas disposiciones constitucionales, los pueblos indígenas, los campesinos y los activistas medioambientales no quedaron convencidos que el Estado las aplicaría. En consecuencia, mientras la Asamblea Constitucional todavía se encontraba reunida, organizaron una manifestación solicitando acción inmediata para invalidar y cancelar las consecuencias de los excesos cometidos durante el régimen minero vigente. Como resultado, la Asamblea Constitucional adoptó una resolución —conocida localmente como Mandato Constitucional— revocando sin compensación las concesiones mineras otorgadas sin consultar previamente a las comunidades locales, las concesiones otorgadas en áreas protegidas, como reservas naturales o bosques, las concesiones otorgadas sin la presentación previa de evaluaciones sociales y ambientales adecuadas; y todas aquellas en las que los concesionarios todavía no hubiesen llevado a cabo ninguna inversión.⁸³ Esta última categoría incluía alrededor del 93% de todas las concesiones mineras.⁸⁴ Este nuevo marco constitucional y legislativo fue complementado en 2009 con la aprobación de un nuevo Código de Minería y nuevas regulaciones ambientales.⁸⁵

Desgraciadamente, las aspiraciones contenidas en la nueva constitución y en el nuevo marco regulatorio no han sido rigurosamente cumplidas. A pesar del compromiso de respetar los derechos de los pueblos indígenas y de la *pachamama*, la política del gobierno no ha cambiado de forma significativa. El caso de *El Mirador*, un enorme proyecto minero de cobre en la *Cordillera del Condor*, una reserva natural en una región de riqueza y variedad ecológica excepcional, ilustra este punto. El proyecto involucra inversiones de dos em-

⁸¹ *Ibidem*, artículo 71.

⁸² *Ibidem*, artículo 72.

⁸³ Asamblea Constituyente del Ecuador, Mandato Constituyente No. 6: *Extinción, caducidad, moratoria y suspensión concesiones mineras*, Segundo S RO N° 321, 22 de Abril de 2008, disponible en: www.estade.org/legislacion/.../Mandatos%20Constituyentes.docx.

⁸⁴ Sacher, William y Acosta, Alberto, *op. cit.*, p. 18.

⁸⁵ Asamblea Nacional, Comisión Legislativa Y De Fiscalización, *Ley De Minería*, Oficio núm. SCLF-2009-045, publicada el 29 de enero de 2009, disponible en: <http://www.competencias.gob.ec/wp-content/uploads/2016/02/15.-Ley-de-Mineri%CC%81a.pdf>; Presidente Constitucional de la República, *Reglamento General a la Ley de Minería*, Decreto Ejecutivo núm. 119, publicado el 16 de noviembre de 2009, disponible en: <http://www.hidrocarburos.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/02/REGLAMENTO-GENERAL-A-LA-LEY-DE-MINERIA.pdf>. Véase también Acosta, Alberto, “The Rights of Nature, New Forms of Citizenship and the Good Life—Echoes of the Constitution of Montecristi in Ecuador”, *Critical Currents* (Dag Hammarskjöld Foundation), núm. 6, 2009, pp. 108-114.

presas de China, las cuales recientemente adquirieron sus derechos de una empresa minera y de exploración canadiense, presente en Ecuador desde 1999.⁸⁶ El proyecto contempla la creación de la mayor mina de cobre a cielo abierto del país, la cual permitirá a Ecuador reducir su dependencia de las exportaciones de petróleo y aumentar considerablemente sus ingresos. Los beneficios económicos esperados son sin duda la razón por la que el gobierno parece decidido a aprobar el proyecto pese a que la Evaluación de Impacto Ambiental, llevada a cabo por el inversor en 2006 y aprobada por el gobierno, reconoce el serio riesgo social y medioambiental. Con *El Mirador* en funcionamiento, está previsto que la contribución de la minería metálica al PIB aumente de un 0,3% a casi un 5%, mientras que se espera que las regalías generadas por esta mina constituyan tres cuartas partes de los ingresos por regalías del país. También se espera que en los próximos veinte años el empleo, directo e indirecto, en el sector minero sea de casi el doble, subiendo de 12,000 a más de 24,000 puestos de trabajo.⁸⁷

Estudios técnicos indican que el nivel de concentración de metales en la región es bajo. Para obtener 572 toneladas de cobre al día, se estima que 54.000 toneladas de rocas deben ser extraídas, creando así 53.428 toneladas de residuos diarios.⁸⁸ En contacto con el aire y la lluvia, estos residuos contaminan el aire, el suelo y el agua. Este proceso, llamado drenaje ácido de roca, es una de las muchas razones por las cuales existe preocupación entre ecologistas nacionales e internacionales sobre el enfoque regulatorio laxo del gobierno. Otro tema importante que no ha sido abordado adecuadamente se refiere a las enormes cantidades de energía y agua que requiere el proyecto.⁸⁹

Las irregularidades que han afectado a la aprobación e implementación de este proyecto fueron reconocidas por el servicio de auditoría de Ecuador, la Contraloría General del Estado. En un informe emitido en 2012 la Contraloría General identificó una larga lista de normas nacionales e internacionales que el proyecto no había observado.⁹⁰ La lista incluía numerosas disposiciones constitucionales y legislativas sobre derechos de los pueblos indígenas y sobre la protección de la naturaleza. La Contraloría

⁸⁶ Chicaiza, Gloria *et al.*, *El Mirador in the Cordillera Condor (Ecuador) – Boundary Line to Large-Scale Mining Conflicts around the World*, EJOIT Report núm. 7, 2012, p. 49.

⁸⁷ Sacher, William y Acosta, Alberto, *op. cit.*, pp. 39 y 40.

⁸⁸ Chicaiza, Gloria *et al.*, *op. cit.*, p. 49.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 50.

⁹⁰ Contraloría General del Estado (CGE), *Comunicación de resultados provisionales de la auditoría de aspectos ambientales a la gestión de los Ministerios del Ambiente, de Recursos Naturales No Renovables y otras instituciones relacionadas con los Proyectos Mineros Mirador y San Carlos de las provincias de Zamora Chinchipe y Morona Santiago*, Oficio núm. 04235, 23 de febrero de 2012.

también determinó que el gobierno no había cumplido con sus obligaciones internacionales en virtud del Convenio núm. 169 de la OIT, reforzadas y ampliadas por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007.⁹¹

Dadas las contradicciones del gobierno en su política en materia de recursos naturales, no sorprende que recientemente haya decidido cancelar la Iniciativa Yasuni. En virtud de esta iniciativa, el gobierno aceptaba no extraer petróleo del Parque Nacional Yasuni para preservar su rica biodiversidad y proteger el modo de vida de sus habitantes indígenas. A cambio de esto, Ecuador recibiría 3.600 millones de USD en un periodo de 12 años como compensación por renunciar a la extracción del crudo. Esta cifra representaba el 50% de los ingresos que Ecuador habría dejado de percibir. El dinero para financiar este proyecto provendría de contribuciones voluntarias de otros Estados a un fondo fiduciario establecido en 2010 por el PNUD.⁹² Sin embargo, el proyecto no tuvo éxito. A mediados de 2013 las promesas de contribución solo alcanzaban 300 millones de USD, mientras que las sumas efectivamente depositadas en el fondo eran insignificantes.⁹³ Como consecuencia, Ecuador decidió cancelar la iniciativa y dio comienzo a la perforación. El presidente Rafael Correa declaró que tenía la obligación de luchar contra la pobreza y que por lo tanto no se podía permitir dejar el petróleo sin extraer. Culpó a la comunidad internacional por no cumplir con su compromiso en defensa del medio ambiente.⁹⁴ En su declaración el Presidente olvidó mencionar que su decisión también violaba muchas disposiciones constitucionales patrocinadas por su gobierno para la protección de los derechos de los pueblos indígenas y los derechos de la *pachamama*.

⁹¹ *Idem*; véase también Chicaiza, Gloria *et al.*, *op. cit.*, pp. 62 y 63.

⁹² Véase al respecto Certomà, Chiara y Greyl, Lucie, “Nonextractive Policies as a Path to Environmental Justice? The Case of the Yasuni Park in Ecuador”, en Haarstad, Håvard (ed.), *New Political Spaces in Latin American Natural Resource Governance*, Nueva York, Palgrave, 2012, pp. 199-216; Villalba, Unai, “Buen Vivir vs Development: a Paradigm Shift in the Andes?”, *Third World Quarterly*, vol. 34, núm. 8, 2013, p. 1438.

⁹³ Watts, Jonathan, “Ecuador approves Yasuni national park oil drilling in Amazon rainforest”, *The Guardian*, 16 de Agosto de 2013, disponible en: <https://www.theguardian.com/world/2013/aug/16/ecuador-approves-yasuni-amazon-oil-drilling>.

⁹⁴ Schipiani, Andres, “Ecuador Admits Defeat in Plan to Keep Oil in the Ground for a Fee”, *Financial Times*, 16 de agosto de 2013, disponible en: <https://www.ft.com/content/99e438ae-0691-11e3-ba04-00144feab7de>.

VII. CONCLUSIÓN

Los tres casos examinados en este capítulo ilustran la dificultad que los países en vías de desarrollo enfrentan cuando son llamados a aplicar un gran número de normas internacionales contradictorias. Algunas normas requieren la protección absoluta del derecho de propiedad e intereses de las empresas extranjeras, en tanto que otras exigen respetar los derechos de los pueblos indígenas y el derecho internacional que protege el medio ambiente. En el ámbito de la gobernanza de los recursos naturales, el carácter contradictorio de estas normas es particularmente agudo, pero, invariablemente, la protección del derecho de los inversionistas extranjeros siempre asume prioridad sobre el resto de las obligaciones internacionales. Por lo tanto, no es sorprendente que cuando los gobiernos optan por aumentar desenfrenadamente las exportaciones de sus recursos naturales o deciden desarrollar nuevas fuentes de energía, lo hagan sin tomar en serio sus obligaciones en el campo de los derechos humanos o el derecho del medio ambiente.

A pesar que los tres casos de este capítulo presentan un panorama sombrío en cuanto al comportamiento de los Estados en relación a los derechos humanos y el medio ambiente, es necesario tener presente que en los últimos años se han producido cambios muy positivos. Hoy en día, las víctimas de violaciones de derechos humanos y los activistas medioambientales pueden recurrir a una variedad de mecanismos políticos y jurídicos para denunciar, y a veces revertir, los abusos cometidos por los gobiernos o por los inversionistas extranjeros. Esta opción no existía en los años sesenta, cuando los países en vías de desarrollo empezaron a demandar mayor control sobre sus recursos naturales. Además, hoy comisiones y tribunales internacionales de derechos humanos contribuyen en forma significativa a aumentar la transparencia y a exponer las fallas y debilidades en la gobernanza de los recursos naturales. Asimismo, hoy en día los gobiernos nacionales, los partidos políticos, los académicos, los activistas y las ONG tienen acceso a información sobre los inversionistas, el precio de las exportaciones y las políticas de otros países en sectores similares. En el pasado, esta información solo estaba a disposición de un selecto número de empresas y gobiernos occidentales. No obstante, es necesario recordar que los mecanismos jurídicos diseñados para proteger los derechos de las comunidades indígenas y para conservar el medio ambiente no son igual de eficaces que los mecanismos jurídicos que protegen los intereses de los inversionistas extranjeros. Esta discrepancia permite a los gobiernos y a las empresas extranjeras intensificar las actividades extractivas sin prestar mucha atención a los costos humanos y ambientales.

Los tres casos de estudio también demuestran que, cuando les ha convenido, los gobiernos han dejado de aplicar sin ningún escrúpulo sus respectivas constituciones y leyes. Tampoco les ha importado dejar de aplicar sentencias judiciales o simplemente ignorar los consejos técnicos de sus agencias gubernamentales. Desgraciadamente, este comportamiento lamentable no es nuevo en la tradición constitucional latinoamericana. La promesa constitucional incumplida de Ecuador de respetar los derechos de la *pachamama* y el incumplimiento de los solemnes compromisos de Chile y Brasil de respetar los derechos de las comunidades indígenas forman parte de esta tradición. Así, desde la perspectiva del Estado de derecho, los tres gobiernos no cumplieron con los mínimos estándares internacionales, al mismo tiempo que socavaron su legitimidad política.

Aparentemente, Brasil, Chile y Ecuador tuvieron buenas razones para justificar su comportamiento autoritario en relación a las obligaciones de derechos humanos y derecho ambiental. Invariablemente, los tres afirmaron que no tenían otra opción, ya que su deber era hacer todo lo posible para generar nuevas fuentes de ingresos que les permitieran cumplir con sus responsabilidades hacia los pobres. Efectivamente, como lo señaló Gudynas,⁹⁵ la mayoría de países de la región han dedicado una considerable proporción de sus ingresos por exportaciones a la lucha contra la pobreza y otros programas sociales. No obstante, debido a las restricciones impuestas por las normas del derecho económico internacional, los gobiernos no han logrado vincular la lucha contra la pobreza con programas para diversificar la base productiva y tecnológica de sus países. En cambio, lo que la lucha contra la pobreza genera es clientelismo político que beneficia —temporalmente— al partido en el poder, sin resolver el problema de la pobreza, ya que las políticas en beneficio de los pobres llegan a su fin cuando el boom de las materias primas termina. En consecuencia, la lucha contra la pobreza apoyada solo en el aumento de las exportaciones de materias primas no conlleva una significativa inclusión social ni contribuye al desarrollo económico del país. De esta manera, el llamado consenso de los *commodities* ha atropellado valiosos derechos sin contribuir a un desarrollo equitativo o sostenible. Así, el consenso de los *commodities* parece haberse transformado en una nueva versión de la llamada maldición de los recursos naturales.

⁹⁵ Véase más arriba la sección II de este capítulo.

INSTITUCIONES FINANCIERAS INTERNACIONALES, ESTADO Y “BUENA GOBERNANZA”

José Ma. SERNA DE LA GARZA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Estado y gobernanza*. III. *Privatización y nueva regulación*. IV. *El régimen de subrogación de las guarderías del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS)*. V. *Reflexiones finales*.

I. INTRODUCCIÓN

El 5 de junio de 2009, la *Guardería ABC*, ubicada en Hermosillo, Estado de Sonora (México), se incendió con 142 menores en su interior. En estos lamentables hechos 49 menores fallecieron y decenas resultaron gravemente heridos.¹ Ante esta tragedia, distintos actores e instituciones nacionales generaron diversos tipos de respuestas y reacciones, según sus propias características, misiones y competencias. Así, presionados por la opinión pública, los órganos

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Este capítulo es una versión revisada de las reflexiones publicadas en Serna de la Garza, José María, *Globalización y gobernanza: las transformaciones del Estado y sus implicaciones para el derecho público (contribución para una interpretación del caso de la Guardería ABC)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, y Serna de la Garza, José María, “Globalización, gobernanza y Estado: el caso de la Guardería ABC”, en Fix-Zamudio, Héctor y Valadés, Diego (eds.), *Formación y Perspectivas del Estado en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, pp. 389-414. Partes de este texto también se derivan de Serna de la Garza, José María, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012; Serna de la Garza, José María, “El concepto del ius commune latinoamericano en derechos humanos: elementos para una agenda de investigación”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (eds.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pp. 199-217; Serna de la Garza, José María, *La Reforma del Estado en América Latina: los casos de Brasil, Argentina y México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.

¹ Una investigación periodística sobre el caso de la *Guardería ABC* puede encontrarse en el libro electrónico Encinas, Lourdes, *49 Razones para no olvidar*, Hermosillo, Editorial El Auténtico, 2014.

públicos federales, estatales y municipales procedieron —no sin reticencia— a deslindar responsabilidades, a exigir la aplicación de las sanciones y penas correspondientes y a garantizar una justa compensación a las víctimas. Asimismo, se inició una discusión dentro de las administraciones públicas para adoptar medidas destinadas a evitar que hechos como los acaecidos en la *Guardería ABC* se repitan en el futuro.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación decidió el 6 de agosto de 2009 ejercer su función investigadora en términos del párrafo segundo del artículo 97 de la Constitución General de la República vigente en aquel momento,² a partir de lo cual surgió un informe que contribuyó a esclarecer los hechos y a determinar si hubo o no violaciones graves a alguna “garantía individual”.³

Asimismo, la sociedad en general (los medios, las organizaciones sociales, los formadores de opinión, etcétera), se movilizó para demandar que las diversas investigaciones en curso dieran resultados; y la academia se preocupó por encontrar una explicación de lo ocurrido. Una explicación que fuera más allá del análisis coyuntural, o de las investigaciones policiales, ministeriales, judiciales o administrativas (todas ellas sin duda necesarias). A la academia le correspondió dar una interpretación de la tragedia ocurrida en la *Guardería ABC* con un enfoque científico, vinculado a los grandes temas sobre el Estado y la sociedad que son debatidos en las ciencias sociales en la actualidad.

Este último es, precisamente, el objetivo que nos hemos propuesto alcanzar en este ensayo, resumiendo de forma muy apretada el argumento que en extenso desarrollamos en un trabajo anterior.⁴ Es decir, nuestra intención es examinar el caso de la *Guardería ABC* a la luz de una serie de temas que se vienen debatiendo por lo menos desde hace un par de décadas en las ciencias sociales, relativos al Estado, la administración pública, la burocracia estatal, el derecho público y su entorno social (doméstico y global).

La tesis básica propuesta en este ensayo es que la tragedia solo puede entenderse en función de la debilidad estructural del Estado mexicano, la cual se traduce en la incapacidad, inhabilidad e ineficiencia en la operación

² Esta facultad fue derogada por reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011.

³ En la fecha en que se realizó esta investigación, la Constitución mexicana todavía empleaba el término “garantías individuales” para referirse a los derechos humanos. Esto cambió con la reforma constitucional del 10 de junio de 2011.

⁴ Serna de la Garza, José Ma., *Globalización y Gobernanza: las Transformaciones del Estado y sus implicaciones para el Derecho Público (contribución para una interpretación del caso de la Guardería ABC)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.

de un esquema de “regulación por contrato” o de “contractualización de servicios públicos” en el que se enmarca el régimen de subrogación al que estaba sujeta la *Guardería ABC*. Tal circunstancia significa, a su vez, que el Estado es ineficaz en su función básica de garantizar la seguridad e integridad física de las personas, así como el “interés general”.⁵

Asimismo, otra de las tesis sostenidas en este ensayo es que estas transformaciones pueden entenderse mejor a través del estudio de la aparición y desarrollo del concepto de gobernanza; concepto que, como se verá más adelante, en su connotación actual es producto del debate académico sobre las transformaciones del Estado, así como del discurso analítico y prescriptivo de diversos organismos y agencias internacionales.

Ahora bien, precisamente en ese sentido prescriptivo el concepto de gobernanza se engrana en todo un proceso de generación y circulación de modelos a nivel global —y esta es otra de las tesis propuestas— que se difunden y aplican a lo largo y ancho del orbe. Instituciones financieras internacionales, como el Banco Mundial (BM) o el Fondo Monetario Internacional (FMI), y los Estados nacionales forman parte de este proceso, y dentro del mismo estos últimos adoptan, modifican o resisten dichos modelos dependiendo de una serie de características de los propios Estados, de sus sociedades y de sus procesos políticos y económicos, o bien de su localización geopolítica y regional.

De hecho, puede hablarse de toda una estructura social mundial, en la cual existen asimetrías de poder e influencia entre Estados con capacidades distintas, también por el hecho de que actores como el BM y el FMI cuentan con el formidable instrumento de la “condicionalidad” en el otorgamiento de sus préstamos, para impulsar así la adopción de sus recomendaciones.

Igualmente, el presente ensayo busca encontrar posibles respuestas a una serie de preguntas que son relevantes en los debates actuales sobre el derecho económico internacional en América Latina, tales como las siguientes:

⁵ Empleamos la noción de “interés general”, debido a que se encuentra estrechamente vinculada con el concepto de servicio público. Es decir, en palabras de Fernández Ruiz, el servicio público entraña la realización de una actividad técnica dirigida a satisfacer una necesidad de carácter general. La actividad de las guarderías del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), como lo era la *Guardería ABC*, es considerada en México como un servicio público, prestado directamente por el IMSS o a través de particulares habilitados para tal efecto por el propio IMSS a través de un régimen de “subrogación” (al que haremos referencia más adelante). Véase Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho administrativo y administración pública*, México, Porrúa, 2008, p. 61.

- ¿Qué impacto puede tener la nueva perspectiva de la gobernanza, promovida por algunas instituciones financieras internacionales, en países con sociedades civiles débiles y poco organizadas, en las que tradicionalmente han existido grupos de interés particulares muy poderosos y que no han desarrollado poderes públicos con capacidad y fortaleza suficiente para imponer una disciplina social en aras de defender y hacer prevalecer los intereses generales?
- ¿Qué consecuencias derivan del hecho de dar por supuestas ciertas condiciones de certidumbre, estabilidad y racionalidad de los actores implícitas en algunas de las recomendaciones y modelos provenientes de algunas de las instituciones financieras internacionales?
- ¿Qué tan exportables son los modelos aludidos, y qué tan viables son en función de las peculiaridades de los países de América Latina, tales como el “exceso de informalidad”; la prevalencia de sistemas de tipo clientelar o patrimonialista, una cultura administrativa que busca y permite privilegios, discrecionalidad, nepotismo y búsqueda de rentas; la debilidad del Estado de derecho; la ausencia de mecanismos de supervisión, donde los procedimientos escritos pueden ser desechados; la ausencia de cuerpos de administradores de carrera regidos por sistemas de mérito, la “discontinuidad” y “pérdida de memoria institucional”, así como problemas de coordinación e inestabilidad?
- ¿Cuáles son los riesgos que los esquemas flexibles, descentralizados y delegativos, pueden tener en cuanto a la fragmentación del gobierno, la pérdida de coherencia y consistencia en las políticas en contextos de administraciones públicas como las que caracterizan a América Latina?
- ¿Qué problemas pueden derivar de la implementación de instrumentos como el *contracting out* en la prestación de servicios públicos, en condiciones en las que no existen mercados competitivos entre los oferentes; ni tampoco procedimientos de contratación gubernamental abiertos y verificables; ni una sólida experiencia y pericia en la administración de contratos?

Debemos aclarar que la visión sostenida en este trabajo está lejos de caer en una perspectiva maniquea, según la cual existen agentes externos “malos” y Estados “buenos”, a los cuales se les imponen modelos por la fuerza. Muy al contrario, ambos forman parte de una estructura social mundial dinámica, competitiva y conflictiva, en la que los protagonistas no son solamente los Estados, sino también entidades tales como organismos internacionales de

diverso tipo, empresas transnacionales, ONG nacionales e internacionales, instituciones académicas, *think-tanks* y comunidades científicas y de expertos. En nuestra opinión, la generación de modelos de solución de problemas puede contribuir al bienestar de los países. No obstante, a los Estados y a sus sociedades les corresponde desarrollar una postura crítica respecto de ellos, para tomar lo positivo y desechar lo que pueda producir consecuencias negativas; para adoptar las recomendaciones que generen beneficios y adaptarlas a las circunstancias particulares de cada país; o bien para rechazarlas cuando sean contrarias al interés general y al bienestar público. Y dicho esto, también es pertinente aclarar que el caso de la *Guardería ABC* no es un hecho representativo y generalizable de la influencia del derecho económico internacional (DEI) en México. En todo caso, es un hecho extremo que se originó en el contexto del “desorden generalizado” del régimen de guarderías subrogadas (es decir, privatizadas, como se explicará en las siguientes secciones de este ensayo).⁶ En otras palabras, el DEI no originó la tragedia. Pero ésta se produjo en el marco de un esquema normativo y organizativo favorecido por algunas recomendaciones provenientes del DEI que para funcionar con eficacia requieren precondiciones que no existen en muchos países de América Latina.

Otra tesis sostenida en este ensayo consiste en afirmar que hay un problema de falta de institucionalidad en la prestación de los diversos servicios públicos y en el desempeño de las funciones públicas. De alguna manera, la precariedad de la normatividad del derecho y la debilidad del entramado estatal conecta la serie de actos y conductas que llevaron a la terrible tragedia de la *Guardería ABC*.⁷

La estructura del ensayo es la siguiente: en la sección II examinamos el concepto de gobernanza, así como las distintas implicaciones de dicho concepto respecto de la forma de entender al Estado y las relaciones de éste con la sociedad. Por otro lado, en la sección III estudiamos la conexión entre el concepto de gobernanza y dos términos asociados a ella, como lo son la privatización y la llamada “nueva” regulación. Como se explicará, la privatización y toda una variedad de instrumentos regulatorios “nuevos”,

⁶ La idea de “desorden generalizado” fue empleada por una investigación realizada por la Suprema Corte de Justicia de México en relación con el caso de la *Guardería ABC*, para describir la situación en que se encontraban las guarderías “subrogadas” (es decir, privatizadas) del Instituto Mexicano de Seguridad Social (IMSS).

⁷ Para una reflexión sobre el problema de la falta de institucionalidad en América Latina, véase 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, p. 21 y ss.

como la regulación por contrato, forman parte de esos modelos de solución de problemas, generados y difundidos en una estructura social mundial en la que ciertos agentes juegan un papel fundamental, caracterizado por su capacidad para impulsar ciertos modelos, y en la que los Estados tienen una gran responsabilidad respecto de sus sociedades como receptores de aquellos. Asimismo, en la sección IV analizamos someramente el caso de la *Guardería ABC*, a la luz del marco conceptual desarrollado en las secciones anteriores. De esta manera, se verá que el desarrollo de los acontecimientos que derivó en la tragedia involucra, por una parte, la transferencia de una responsabilidad pública (la provisión del servicio de guarderías, en los términos de la Ley del Seguro Social) a particulares. Por otro lado, implica también la existencia de un instrumento de “gobernanza contractual” como lo es el convenio de subrogación suscrito entre el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) y la *Guardería ABC, S.C.* Aludiremos también a una serie de irregularidades existentes desde la adjudicación del convenio de subrogación del referido servicio hasta la operación del mismo que contribuyeron a crear el escenario en el que se produjo el incendio de la guardería. Por último, en la sección V concluimos con una reflexión final y general sobre los trágicos acontecimientos del 5 de junio de 2009.

En el fondo, lo que se desprende de este ensayo es que, una vez más, el Estado está “de vuelta”⁸ como objeto de análisis y discusión (en cuanto a su estructura, su papel, sus funciones), si bien en un contexto que algunos califican como novedoso.⁹

II. ESTADO Y GOBERNANZA

Sin entrar en este momento a los debates recientes sobre la transformación de los Estados nacionales y su entorno,¹⁰ considero que una serie de fenómenos asociados con la globalización plantean la necesidad de una reconceptuali-

⁸ Recordar, por ejemplo, el libro de Evans, Peter B. *et al.* (eds.), *Bringing the State Back In*, Cambridge, Cambridge University Press, 1985.

⁹ Sobre una discusión entre quienes afirman el carácter “novedoso” de los procesos identificados con la globalización y quienes lo niegan, se puede consultar el trabajo de Held, David y McGrew, Anthony, *Globalización/antiglobalización, sobre la reconstrucción del orden mundial*, Barcelona, Paidós, 2006, pp. 15-20.

¹⁰ En relación con este debate se puede encontrar trabajos como los siguientes: Hurrelmann, Achim *et al.* (eds.), *Transforming the Golden-Age Nation State*, Basingstoke, Macmillan, 2007; Slaughter, Anne-Marie, “The Real New World Order”, *Foreign Affairs*, vol. 76, núm. 5, 1997, pp. 183-197; Higgott, Richard *et al.*, “Globalisation and Non-State Actors”, en Higgott, Richard *et al.* (eds.), *Non-State Actors and Authority in the Global System*, Londres-Nue-

zación del Estado, así como de una serie de ideas e instituciones asociadas a él, como el poder, el control del poder, la autoridad, la soberanía, la distinción entre lo público y lo privado, la diferenciación entre lo interno y lo externo y la legitimidad. Se trata de nociones relevantes del derecho público, que se han forjado a lo largo de siglos de construcción teórica y dogmática, y que requieren de una revisión a la luz de los procesos y fenómenos que están teniendo lugar en la actualidad.¹¹ De alguna manera, el concepto de “gobernanza” es un buen punto de partida para emprender ese ejercicio de reconceptualización, como se verá a continuación.

El término “gobernanza” puede servir de base para tratar de generar un marco conceptual relativo a las transformaciones del Estado en la actualidad. Debemos apuntar, sin embargo, que dicho término está lejos tener un significado único y aceptado por todos, lo cual no impide que se puedan identificar en la discusión algunos elementos referidos a cambios en el Estado y su entorno, lo cual ha abierto debates teórico-conceptuales que afectan a nociones tradicionales del derecho público. Conceptualmente se puede distinguir entre una dimensión interna o doméstica y una dimensión internacional o global del concepto de gobernanza. Sin embargo, ambos se encuentran estrechamente entrelazados: el discurso y las directrices de la gobernanza global (uno de cuyos núcleos principales son las instituciones financieras internacionales) han impulsado los cambios identificados con la gobernanza doméstica.

Ahora bien, desde la perspectiva doméstica, es posible identificar al menos dos significados distintos del concepto examinado: gobernanza como una nueva forma de concebir la conducción de los asuntos colectivos de una sociedad, “más allá del Estado” y el concepto de “buena gobernanza” (*good governance*). Estas significaciones se analizarán en las líneas que siguen.

1. *Gobernanza como una nueva forma de concebir la conducción de los asuntos colectivos de una sociedad, “más allá del Estado”*

En el ámbito de la ONU, a mediados de la década de los noventa se comenzó a emplear el concepto de gobernanza definida como: “el ejercicio de autoridad política, económica y administrativa para manejar los asuntos de la

va York, Routledge, 2000; Mathews, Jessica, “Power Shift”, *Foreign Affairs*, vol. 76, núm. 1, 1997, pp. 50-66.

¹¹ En esta dirección apuntan las reflexiones de von Bogdandy, Armin, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

nación. Es un complejo de mecanismos, procesos, relaciones e instituciones por medio de los cuales los ciudadanos y los grupos articulan sus intereses, ejercen sus derechos y obligaciones y median sus diferencias”.¹² Específicamente, en documentos oficiales del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), se puede observar que se adopta un significado “amplio” de gobernanza, en el cual se incluyen tres importantes dominios de la misma, que contribuyen a alcanzar desarrollo humano sostenible, a saber: el dominio del Estado (instituciones políticas y gubernamentales); el dominio de las organizaciones de la sociedad civil y el dominio del sector privado.¹³

De esta manera, la gobernanza ha venido a ser entendida como una forma de conducir a una sociedad y de organizar la acción colectiva para el logro de objetivos comunes, en la que participan tanto actores públicos como privados. En este sentido, representa una forma distinta de visualizar los “asuntos de gobierno”, los cuales bajo una concepción tradicional se centraban en el Estado.¹⁴

Con esta significación, la gobernanza se presenta —como apunta Closa— en contraste a los clásicos procesos del gobierno y la política “centrados en el Estado”, de dirección y control, redistributivos e ideológicos. Así, la “nueva” gobernanza describe prácticas en la acción de gobernar que enfatizan los aspectos que suplen (o, incluso, sustituyen) al poder político, donde la idea clave es la noción que incorpora a la sociedad civil en la acción de gobierno.¹⁵

2. El concepto de “buena gobernanza”

En el discurso del Banco Mundial (BM) es posible encontrar, a partir de los años noventa, una forma distinta de entender la gobernanza, la cual es relativamente cercana a la idea de gobierno. El surgimiento de dicho concepto está vinculado al cambio de visión por parte del BM en relación con el pa-

¹² UNDP, *Reconceptualising Governance*, Discussion Paper núm. 2, Management Development and Governance Division, Bureau for Policy and Programme Support, Nueva York, UNDP, enero de 1997, p. 9 (traducción propia).

¹³ *Ibidem*, pp. 9-11.

¹⁴ En esta línea se puede citar el trabajo de Kooiman, Jan, *Governing as Governance*, Londres, SAGE Publications, 2005, p. 3.

¹⁵ En esencia, lo “nuevo” en la “nueva gobernanza” es la idea de que el desempeño de funciones públicas y la provisión de servicios públicos trasciende al Estado e incluye a las organizaciones de la sociedad civil y al sector privado. Véase Closa Montero, Carlos, “El Libro Blanco sobre la Gobernanza”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 119, enero-marzo de 2003, p. 488.

pel del Estado en el proceso de desarrollo; cambio de visión que pasó de ver al Estado como problema a visualizarlo como parte de la solución.¹⁶ Como indica Theobald, en el marco de una revisión de su estrategia de impulso al desarrollo, y ante las limitaciones y magros resultados de la estrategia seguida hasta inicio de los noventa, el BM comenzó a interesarse en sus diagnósticos y programas por las instituciones y estructuras del Estado, los procesos de toma de decisiones, las capacidades para la implementación de políticas públicas, y las relaciones entre el gobierno (o la administración) y la sociedad. La idea básica era que las instituciones públicas tienen una función indispensable y constructiva en la creación de un ambiente económicamente ventajoso y en el establecimiento de un adecuado sistema de distribución de bienes y beneficios.¹⁷

Es a partir de esos años que empieza a hablarse de *governance* o, para ser más exactos, de la necesidad de impulsar la *good governance* en los países menos desarrollados, como precondition para generar desarrollo.¹⁸ En este contexto, lo esencial era crear sistemas que verdaderamente sean rígidos por el *rule of law*, para así crear la estabilidad y seguridad que los actores económicos necesitan para evaluar oportunidades y riesgos en sus transacciones e inversiones. Como señala Perry, fue así como el BM identificó cinco funciones que los sistemas jurídicos debían desempeñar para apoyar el “*rule of law*”, como condición para dar préstamos a los países: (1) proveer un conjunto de reglas conocidas de antemano; (2) tener reglas que sean efectivamente implementadas, y no que solo estén “en los libros”; (3) asegurar que las reglas sean aplicadas consistentemente a todos (incluyendo a

¹⁶ Para un análisis sobre el surgimiento del concepto de “buena gobernanza” en el discurso del Banco Mundial, se puede revisar el trabajo de Krever, Tor, “The Legal Turn in Late Development Theory: The Rule of Law and the World Bank’s Development Model”, *Harvard Journal of International Law*, vol. 51, núm. 1, 2011, p. 304 y ss. Véase también el ensayo de Ramiro Fernández, Víctor *et al.*, “Estado y Desarrollo en los Discursos del Banco Mundial”, *Problemas del Desarrollo. Revista latinoamericana de economía*, vol. 37, núm. 144, enero-marzo 2006, pp. 36-43.

¹⁷ Theobald, Christian, “The World Bank: Good Governance and the New Institutional Economics”, *Law and State*, vols. 59-60, 1999, p. 24.

¹⁸ El primer documento oficial del Banco Mundial en el que se da un cambio en el discurso, antes exclusivamente centrado en aspectos macroeconómicos, y en el cual se empieza a hablar de “gobernanza” y de la importancia de la “buena gobernanza”, es World Bank, *Sub-Saharan Africa: From Crisis to Sustainable Growth, A Long-Term Perspective Study*, Washington, D. C., World Bank, 1989. Y a este documento siguieron otros, tales como World Bank, *Governance and Development*, Washington, D. C., World Bank, 1992; World Bank, *Governance: The World Bank’s Experience*, Washington, D. C., World Bank, 1994; World Bank, *World Development Report 1997: The State in a Changing World*, Washington, D. C., World Bank, 1997; y Kaufmann, Daniel *et al.*, *Governance Matters*, World Bank Research Working Paper núm. 2196, 1999.

los servidores públicos); (4) proveer un mecanismo efectivo e independiente para la resolución de disputas; así como proteger al Poder Judicial de intervenciones de las otras ramas de gobierno; y (5) establecer reglas claras sobre la modificación de las reglas, para prevenir la introducción o eliminación arbitraria de reglas. Desde esa época también los programas de asistencia técnica del BM comenzaron a apoyar con créditos los procesos de reforma legal en un buen número de países.¹⁹

El nuevo lenguaje empleado tanto por BM como por el FMI²⁰ se transmitió a los Estados y empezó a ser utilizado por los gobiernos, a través de, entre otros procesos, la condicionalidad por concepto de los préstamos que estas instituciones pueden dar para apoyar proyectos de desarrollo así como para resolver problemas de balanza de pagos y en apoyo de procesos de “cambio estructural”.²¹

Ahora bien, dentro de las recomendaciones del BM y el FMI dirigidas a los Estados para lograr la estabilidad económica, el cambio estructural y la “buena gobernanza”, se encuentran dos que han abierto debates importantes y de relevancia para el derecho público. Se trata de la privatización y la “nueva” regulación, las mismas que han tenido un impacto importante en la organización del Estado y en la forma de concebirlo y teorizarlo, como se explicará a continuación.

¹⁹ Perry, Amanda, “International Economic Organizations and the Modern Law and Development movement”, en Scidman, Ann *et al.* (eds.), *Making Development Work*, La Haya, Kluwer Law International, 1999, p. 22.

²⁰ En el FMI se también produjo un cambio en el discurso y el enfoque, similar a lo ocurrido con el BM. Por ejemplo, en la “Declaración sobre la Alianza para el crecimiento sostenible de la economía mundial” (*Partnership for Sustainable Global Growth*), el Comité Provisional del FMI sostuvo que la promoción de la buena gobernanza en todos sus aspectos, incluyendo el *rule of law*, la mejora de la eficiencia y la rendición de cuentas del sector público y el combate contra la corrupción, era un elemento esencial de un marco en el cual las economías puedan prosperar. Véase FMI, *Partnership for Sustainable Global Growth*, Washington, D. C., Interim Committee Declaration, 29 de septiembre de 1996. No se trató de un mero cambio de términos, sino de enfoque y visión, es decir, de contenido y sustancia.

²¹ Braithwaite señala que la condicionalidad del FMI y del BM para implantar el concepto de *good governance* en los países ex-comunistas y en los países en desarrollo ha jugado un papel importante en la globalización del “Nuevo Estado Regulatorio”; Braithwaite, John, “The New Regulatory State and the Transformation of Criminology”, *British Journal of Criminology*, vol. 40, 2000, pp. 224 y 225.

III. PRIVATIZACIÓN Y NUEVA REGULACIÓN

El llamado “Consenso de Washington” es un término que fue acuñado por el economista John Williamson en 1989, para referirse a una serie de políticas consideradas como adecuadas para impulsar el desarrollo económico por parte de las influyentes instituciones financieras internacionales que tienen su sede en Washington, como el BM y el FMI, así como por parte del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos de América. Esas políticas, pensadas como una respuesta en contra de las medidas de intervención estatal aplicadas en América Latina a partir de la década de los cincuenta del siglo XX, incluían la privatización y la desregulación de la actividad económica.²² El concepto de “buena gobernanza” apareció después, como complemento de estas últimas políticas, las cuales ya no se consideraban suficientes para impulsar el desarrollo económico: había que pensar también en cómo mejorar el funcionamiento de las instituciones estatales.

1. *Privatización*

El derecho administrativo ha sido sensible al cambio de enfoque —e incluso de paradigma— que implica el concepto de gobernanza entendido de las formas que hemos explicado previamente. En este sentido, Picciotto ha señalado que se han dado cambios muy importantes en la esfera “pública” del Estado y en la esfera “privada” de las empresas, la industria y otras instituciones sociales, así como en las relaciones entre las dos.²³ En efecto, desde la década de los ochenta del siglo XX es posible identificar una tendencia mundial referente a la privatización de funciones públicas (desde el manejo de prisiones hasta la seguridad pública), servicios públicos (desde la recolección de basura hasta la producción y distribución de energía eléctrica o los servicios de salud), así como de empresas públicas.²⁴ Igualmente, refiere Picciotto un proceso paralelo por el cual la esfera aparentemente “privada” de la actividad

²² Véase Williamson, John, “A Short History of the Washington Consensus”, en Serra, Narcis y Stiglitz, Joseph E. (eds.), *The Washington Consensus Reconsidered, Towards a New Global Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 14-30.

²³ Picciotto, Sol, *Regulatory Networks and Global Governance*, ponencia presentada en el W.G. Hart Legal Workshop, 2006, Institute of Advanced Legal Studies, University of London, 27-29 de junio de 2006, pp. 1 y 2, disponible en: <https://pdfs.semanticscholar.org/730c/79e0d6fc340809344315d74da2607cca0ec4.pdf>.

²⁴ Para el caso de las privatizaciones en América Latina, se puede consultar el ensayo de Baer, Werner y Birch, Melissa, “Privatization and the Changing Role of the State in La-

económica se ha convertido en más “pública”. Esto se refiere al surgimiento de una variedad de tipos de regulación que orientan y limitan la conducta del mundo de los negocios, que incluye a los códigos de conducta corporativa, a través de los cuales el sector privado adopta estándares públicos para autorregularse.²⁵

Ahora bien, una visión crítica de las privatizaciones puede llevar a concluir que el paso de una función o un servicio de la esfera “pública” a la esfera “privada” conlleva dejar de aplicar a la actividad privatizada una serie de normas y principios de derecho público, tendientes a garantizar valores como la rendición de cuentas, el debido proceso, la igualdad, la racionalidad y la transparencia. En efecto, en la literatura crítica acerca de los procesos privatizadores iniciados en muchos países a partir de mediados de la década de los ochenta del siglo XX se puede encontrar opiniones como la de Paul Starr, quien parte de una discusión sobre la distinción entre lo público y lo privado como categorías básicas del Estado liberal para analizar los distintos significados del término privatización.²⁶

De esta manera, para Starr la distinción entre público y privado es central en el lenguaje de la formulación de demandas y generación de expectativas en el Estado liberal. ¿Qué se demanda del Estado cuando nos encontramos en la esfera de lo público?, y en contraste, ¿qué demandamos del Estado cuando estamos en la esfera de lo privado?

En este sentido, lo público implica una estructura de reglas que limitan el ejercicio del poder del Estado. Y aquellos que actúan en la esfera de lo público han de ser considerados como públicamente responsables de sus acciones (en particular, ante los ciudadanos). Por otra parte, la expectativa derivada de lo público es que las decisiones y deliberaciones respectivas han de ser informadas públicamente y abiertas a la participación general. En suma, dice Starr, los ciudadanos de un Estado liberal entienden que tienen el derecho de esperar que su gobierno sea público no solamente en los fines sino también en los procesos.²⁷

tin America”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 25, núm. 1, otoño de 1992, pp. 1-25.

²⁵ Picciotto, Sol, *op. cit.*, pp. 1 y 2. Estos estándares se refieren, por ejemplo, a responsabilidad social de las empresas, al combate contra la corrupción y a la cooperación para la aplicación de las leyes fiscales. Véase también el ensayo de Picciotto, Sol, “Rights, Responsibilities and Regulation of International Business”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 42, 2003, pp. 131-152.

²⁶ Starr, Paul, “The Meaning of Privatization”, *Yale Law Journal and Policy Review*, vol. 6, núm. 1, 1988, pp. 6 y 7.

²⁷ *Ibidem*, pp. 7-9.

En contraste con lo anterior, apunta Starr, cuando los ciudadanos de un Estado liberal piensan en la esfera privada (sus casas, sus familias, sus empresas), reclaman límites al poder del Estado; límites que no son absolutos pero que, en casos de intervención del Estado en la esfera privada, exigen una justificación basada en el interés público.²⁸ En otras palabras, las expectativas de los ciudadanos hacia el Estado difieren en función de la distinción construida entre “lo público” y “lo privado”.

Si esto es así, y si de manera general definimos a la privatización como la transferencia de una función, servicio o actividad de la esfera pública a la esfera privada, entonces la privatización tiene forzosamente un significado político, puesto que tiene un impacto en la reordenación de las demandas y las expectativas en una sociedad. Decir que alguna actividad es pública implica demandas de objetivos y propósitos públicos, responsabilidad y rendición de cuentas de carácter público y apertura o transparencia públicas, incluyendo la participación y la discusión que, por lo menos en teoría, forman parte de un proceso para la formación de las preferencias y decisiones que son consistentes con los intereses de la sociedad en el largo plazo. Y decir que una actividad es privada invoca demandas de protección ante la intervención del Estado o de otros ciudadanos. Asimismo, la privatización significa pasar de un ámbito que en principio debe ser abierto y visible a un dominio que es más cerrado al escrutinio y con menos acceso.²⁹

Por otra parte, la reordenación de demandas y expectativas que implica la privatización tiene efectos distributivos. Es decir, transfiere poder a quienes están mejor posicionados para ejercer poder en el mercado. E incluso, en el extremo, puede ser empleada, según Starr, para “reordenar las relaciones de clase” (como cuando la privatización en Chile fue usada para quebrar el poder de los sindicatos de trabajadores del Estado y reducir sus prestaciones). En definitiva, la privatización, al alterar el equilibrio entre “lo público” y “lo privado”, cambia la distribución de recursos materiales y simbólicos que influyen en la configuración de la vida política.³⁰

²⁸ *Idem.*

²⁹ *Ibidem*, pp. 11-18 y 35-41. Minow argumenta algo parecido, al señalar que los “actores públicos” están sujetos a un régimen de rendición de cuentas como no lo están los “actores privados”. Así, la privatización abre la posibilidad de debilitar o eludir normas de derecho público que están vinculadas con la noción de “acción pública”. Por ejemplo, los “actores públicos” pueden tener el deber de dar explicaciones, ya sea por un deber derivado del derecho administrativo de dar razones de su actuación o por medio de normas que garanticen a los ciudadanos el acceso a la información pública. Minow, Martha, “Public and Private Partnerships: Accounting for the New Religion”, *Harvard Law Review*, vol. 116, núm. 5, marzo de 2003, p. 1246.

³⁰ *Idem.*

En suma, en la línea de Starr, podemos afirmar que las privatizaciones han significado una relocalización del poder, y a la vez la salida de dicho poder de un régimen de controles por parte del derecho público. Así, al entrar en la esfera privada, funciones y actividades desempeñadas con anterioridad en la esfera pública quedan sujetas a una lógica distinta: la de la protección del interés privado o particular frente al Estado.

Por otra parte, debe señalarse que, en contraste con la perspectiva referida, también existe la opinión de quienes consideran que las privatizaciones no necesariamente llevan a la reducción de lo público frente a lo privado (por ponerlo en términos simples). De esta forma, autoras como Freeman han sugerido que la privatización puede verse no como un medio para achicar al gobierno, sino como un mecanismo con el potencial de expandir el alcance del gobierno en ámbitos tradicionalmente considerados privados. Así, la privatización puede ser un medio de “publicitación” (*publicization*), por medio del cual actores privados se comprometen con objetivos tradicionalmente públicos a cambio de tener acceso a oportunidades lucrativas para generar bienes y servicios que de otra manera podrían ser provistos directamente por el Estado. Por lo tanto, afirma la autora, en lugar de comprometer normas de la democracia como la rendición de cuentas y el debido proceso, la igualdad y la racionalidad; la privatización puede extender esas normas a actores del sector privado a través de vehículos como el proceso presupuestal, la regulación y el contrato. Sin embargo, aclara de inmediato la autora, esto “puede” o “no puede” suceder, porque el que el Estado pueda efectivamente imbuir a actores del sector privado con normas públicas que se atribuyen al gobierno, es algo que pueden resistir y resentir.³¹

Freeman propone que la extensión de normas de derecho público (*publicization*) a actores privados puede darse a través de dos mecanismos: leyes del Congreso y decisiones de los tribunales. Los mecanismos legislativos no son nuevos: se pueden imponer requerimientos para dar apoyos o subsidios fiscales, todos condicionados. Los requerimientos se pueden referir a la transparencia de la información, audiencias públicas, racionalidad y justificación de las decisiones, equidad, monitoreo de autoridades, etcétera. Asimismo, los tribunales podrían interpretar los contratos, la responsabilidad civil o las sociedades mercantiles en forma tal que los actores privados cumplan con normas de derecho público (no discriminar, debido proceso, transparencia). Se podría incluso interpretar los contratos para dar a los beneficiarios de un servicio público privatizado (que no son parte en el contrato sino terceros),

³¹ Freeman, Jody, “Extending Public Law Norms Through Privatization”, *Harvard Law Review*, vol. 116, 2003, pp. 1285 y 1286.

el derecho a demandar para lograr el cumplimiento del contrato, incluso si la ley no lo dice expresamente.³²

Lo que el debate sobre la privatización nos sugiere es que la línea entre “lo público” y “lo privado” puede perder sus contornos asumidos como claros y precisos bajo una visión tradicional. Es decir, bajo esta última, la aplicabilidad de un régimen de derecho público, por un lado, o la aplicabilidad de un régimen de derecho privado, por el otro, estaba determinada por la cualidad de los sujetos involucrados en el ejercicio de ciertas funciones o desempeño de ciertas actividades.

Sin embargo, el debate sobre la privatización y sus implicaciones ha abierto la posibilidad de que, independientemente de la cualidad de los sujetos (como “personas de derecho público”, o “personas de derecho privado”), lo esencial para determinar qué régimen normativo se aplica sea la actividad o función desempeñada y, específicamente, la existencia de un “interés público” que haya de ser preservado, así como de valores vinculados con dicho interés, como lo pueden ser la necesidad de establecimiento de controles, transparencia o garantías de racionalidad de las decisiones, entre otros.

Todo lo anterior plantea un reto teórico-conceptual, pues se opone a una visión tradicional de cuáles son los alcances de las normas de derecho público y cuál es el ámbito que corresponde exclusivamente a “lo privado” y su protección frente a la acción pública.

2. La “nueva” regulación

Vinculado con las transformaciones del Estado moderno, relativas a las privatizaciones, diversos autores hablan también del surgimiento de un “Nuevo Estado Regulatorio”. Braithwaite, por ejemplo, señala que las privatizaciones de los años ochenta y noventa no siempre fueron acompañadas de una desregulación, sino más bien del surgimiento de nuevas técnicas de regulación como alternativas al control directo.³³

³² *Ibidem*, pp. 1317-1320. En esta misma línea se encuentra el trabajo de Trebilcock e Iacobucci, quienes afirman que si los mecanismos privados de rendición de cuentas (es decir, los derivados del juego de las fuerzas del mercado) no se consideran adecuados, el Estado puede imponer un régimen de rendición de cuentas a actividades, funciones o empresas privatizadas (si bien esta situación puede tener un impacto negativo en cuanto a los beneficios derivados de los mercados privados). Véase Trebilcock, Michael y Iacobucci, Edward, “Privatization and Accountability”, *Harvard Law Review*, vol. 116, núm. 5, marzo de 2003, p. 1451.

³³ Braithwaite, John, *op. cit.*, pp. 222-238.

Por su parte, autores como Vincent-Jones han hablado de la “contractualización de los servicios públicos”, definida como el proceso por el cual los servicios públicos son desempeñados cada vez más a menudo por empresas privadas o agencias estatales semiautónomas en relaciones contractuales con agencias públicas. La contractualización implica el reemplazo de formas burocráticas por formas de “cuasimercado” de provisión, si bien su futuro es incierto a largo plazo, pues ha habido experiencias negativas en el Reino Unido en materia de salud y educación.³⁴

En esta línea, Vincent-Jones explora la idea de “regulación por contrato”. En este esquema, las agencias estatales como compradoras son reguladas y ellas mismas ejercen funciones regulatorias, a través de los estándares contractuales que pueden establecer, y el monitoreo y las prácticas de ejecución del contrato que realizan en relación con el proveedor del servicio.³⁵ Finalmente, Vincent-Jones concluye que la contractualización de servicios públicos y la creación de “cuasimercados” puede, en ciertos casos y con el establecimiento de ciertas limitaciones, ofrecer ventajas significativas en comparación con las formas burocráticas de organización que han dominado los servicios públicos en el Reino Unido y otras sociedades capitalistas. Bajo condiciones regulatorias apropiadas —afirma— la “gobernanza contractual” puede ayudar a generar soluciones al problema de cómo valores democráticos tales como la transparencia, participación y rendición de cuentas pueden hacerse efectivos para una provisión de servicios públicos más eficiente, efectiva y responsable.³⁶

Ahora bien, los temas de la “regulación por contrato” y la “contractualización de los servicios públicos” forman parte de una tendencia que se identifica con la transformación del Estado y sus relaciones con la sociedad. Se trata de una tendencia que apunta hacia la privatización de actividades que hasta hace poco tiempo se desarrollaban directamente por el Estado; y hacia el diseño y expansión de diversas fórmulas de asociación entre actores públicos y privados en el desempeño de tareas que antes eran exclusivas del Estado.

³⁴ Vincent-Jones, Peter, “The Regulation of Contractualisation in Quasi-Markets for Public Services”, *Public Law*, verano de 1999, p. 304.

³⁵ “Public purchasers may make various uses of contract as a regulatory mechanism and management tool... Once contracts have been awarded, it is in the interest of public authorities to use contract as a mechanism for controlling the quality and cost of service provision. The performance of contracts is of obvious interest to public purchasers. The transaction costs of running contractual relationships in terms of monitoring, defaults, sanctions, penalties, dispute resolution and termination of contracts are likely to be critical indicators of regulatory success or failure”. *Ibidem*, p. 316.

³⁶ *Ibidem*, p. 326.

Además, se trata de una tendencia que no es exclusiva de México, sino que por el contrario tiene un alcance global, pues muchos países se han incorporado a ella, en diversos grados y a través del empleo de diversos instrumentos jurídicos e institucionales. Incluso puede decirse que dicha tendencia ha derivado en la generación de verdaderos “modelos” que se aplican en un gran número de países para la solución de problemáticas específicas.³⁷

Por otra parte, esta tendencia se manifiesta en una serie de cambios y transformaciones que ha experimentado el Estado en su *ser* y en su *deber ser*. Es decir, por un lado, empíricamente se puede observar que los Estados han experimentado cambios importantes (por ejemplo, la reducción significativa de los sectores públicos y la expansión de instrumentos como el *outsourcing* y el *contracting out*);³⁸ y por otro lado, se puede constatar una modificación en las concepciones tradicionales acerca del Estado y de cuál debe ser su relación “adecuada” con la sociedad.

Ahora bien, como en el caso de la privatización, los fenómenos vinculados con la “nueva” regulación plantean también una serie de retos teórico-conceptuales: ¿cuál es el *locus* de la autoridad?; ¿si hay un tipo de “autoridad informal”, quién la controla y cómo?; ¿o simplemente no se le puede (debe) controlar?; ¿sobre qué base podría concebirse un régimen que garantice la protección de valores caros al derecho público en relación con formas no-estatales de autoridad (en caso de que éstas existan)?

Asimismo, y más allá de las preguntas hechas en relación con la privatización y la “nueva” regulación, reiteramos nuestro interés en discutir las cuestiones planteadas desde la sección introductoria del presente ensayo, las cuales reflejan una inquietud respecto de la adopción acrítica de ciertos modelos, y que de alguna forma nos dan la apertura hacia el examen e interpretación acerca de las razones y circunstancias que pueden haber contribuido a la producción de la tragedia de la *Guardería ABC*, a la cual nos referiremos en la siguiente sección de este ensayo.

³⁷ Aparte de los ensayos de Jody Freeman y Peter Vincent-Jones ya mencionados, podemos referirnos a otros autores que han examinado esta tendencia, tales como Cordero Vega, Luis, “Los contratos públicos como medio de intervención y regulación estatal”, en Fernández Ruiz, Jorge y Santiago Sánchez, Javier (eds.), *Contratos Administrativos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007; Martínez López-Muñiz, José Luis, “Nuevo sistema conceptual”, en Ariño Ortiz, Gaspar (ed.), *Privatización y liberalización de servicios*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1999, pp. 133-152; Minow, Martha, *op. cit.*, pp. 1229-1270, y Sanz Rubiales, Iñigo, *Poder de autoridad y concesión de servicios públicos locales*, España, Universidad de Valladolid, 2004.

³⁸ En el contexto de la temática analizada en este ensayo, *outsourcing* significa la contratación de un proveedor externo de servicios por parte de la administración pública; y *contracting out* alude a la prestación de servicios públicos por parte de particulares, a través de una habilitación de la administración pública que “delega” la operación directa del servicio respectivo.

IV. EL RÉGIMEN DE SUBROGACIÓN DE LAS GUARDERÍAS DEL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL (IMSS)

1. *Planteamiento*

Los trágicos acontecimientos relacionados con la *Guardería ABC*, ocurridos en el estado de Sonora en junio de 2009, a raíz de los cuales fallecieron 49 menores de edad, conforman un caso que merece ser examinado desde la perspectiva conceptual que aquí venimos desarrollando.³⁹ El desarrollo de los acontecimientos que derivó en la tragedia involucró, por una parte, la transferencia de una responsabilidad pública (la provisión del servicio de guarderías, en los términos de la Ley del Seguro Social) a particulares. Por otro lado, implicó también la existencia de un instrumento de “gobernanza contractual” como lo es el convenio de subrogación suscrito entre el IMSS y la *Guardería ABC, S.C.*, temas ambos que, en lo conceptual, han sido motivo de análisis en la sección precedente de este ensayo.

Asimismo, la transferencia del servicio público de guarderías a particulares, parece estar vinculada —por lo menos en parte— a un modelo de gestión difundido a escala mundial. Decimos que en parte, porque el régimen de subrogación en realidad existe desde el origen mismo del IMSS. Sin embargo, la gran expansión en el empleo de este instrumento —en el caso de las guarderías— se dio a partir del año 2000, en el marco de una reforma del sector salud diseñada de acuerdo con un esquema impulsado por el Banco Mundial, como se verá más adelante.

No es este el espacio adecuado para explicar en detalle todos los aspectos relativos al régimen de subrogación de guarderías del IMSS. Simplemente nos limitaremos a afirmar que a través del régimen de subrogación es posible que un particular, y no el Estado (a través del IMSS, en este caso), preste el servicio de guardería directamente a los derechohabientes, conforme a los requisitos determinados por la ley y por el Consejo Técnico del IMSS.

Ahora bien, el régimen de subrogación de guarderías del IMSS existe desde 1973 (se preveía en el artículo 192 de la Ley del Seguro Social). Sin embargo, es a partir del año 2000 que se da la gran expansión de este tipo

³⁹ Leal resume así los hechos: “La guardería ABC —subrogada por el IMSS— operaba «habilitada» en un antigua nave industrial, al lado de una bodega industrial, en un espacio de 50 por 30 metros que apenas hace 3 años era una maquiladora de ropa. No tenía salidas de emergencia. No contaba con extinguidores. Su personal eran empleadas o maestras. Atendía a más de 200 menores de entre 6 meses y 5 años. 142 estaban dentro a las 15 horas de ese 5 de junio. La peor tragedia de que se tenga registro”. Leal Fernández, Gustavo, “Guarderías”, *Temas de Salud y Sociedad* 4, México, ADN Editores, 2009, p. 36.

de guarderías. Como reportan Jorge Ramos y Ricardo Gómez, del 2000 al 2008 el IMSS “apostó todo” a la subrogación de guarderías y dejó de lado la prestación directa del servicio. Como se desprende del “Informe al Ejecutivo Federal y al Congreso de la Unión sobre la situación financiera y los riesgos del IMSS 2008-2009”, entregado el 1 de julio de 2009 al Congreso de la Unión por parte del IMSS, en 2000 había 142 guarderías de prestación directa y 757 subrogadas. Sin embargo, la cifra de las guarderías de prestación directa se mantuvo intacta hasta 2008, mientras que las subrogadas pasaron a un total de 1,412.⁴⁰

Esta extraordinaria expansión de guarderías subrogadas parece enmarcarse en un cuadro más general que tiene que ver con la reorganización corporativa del IMSS, promovida desde finales de la década de los noventa del siglo pasado. Una estrategia que, según Laurell, tiene como objetivos básicos contener costos para no desequilibrar las finanzas públicas e introducir la lógica de mercado para la asignación de los recursos de salud dentro del IMSS.⁴¹ Cabe resaltar que según Laurell, el giro dado en México a la política social en el tema de salud pública está vinculado a la condición establecida por el BM para que el gobierno mexicano pudiera tener acceso a un préstamo de 700 millones de USD en 1998.⁴²

Para Laurell, la reorganización del IMSS parte de la separación de las funciones de normatización, financiamiento y prestación, antes todas ellas en manos del propio IMSS. Sin embargo, para esta autora la reforma del IMSS implica que, en adelante, “la administración central de éste sólo recaudará las cuotas y normará las actividades de otras instancias”.⁴³ En este esquema, se transfieren tramos importantes de responsabilidades públicas al sector privado.⁴⁴

⁴⁰ Artículo periodístico de Jorge Ramos y Ricardo Gómez, *El Universal*, 2 de julio de 2009.

⁴¹ Laurell, Asa Cristina, “El Banco Mundial en la reforma de los servicios médicos del IMSS”, *Salud Problema*, nueva época, año 3, núm. 4, junio de 1998, p. 58.

⁴² Laurell cita como un documento referencial, World Bank, *Mexico-Health System Reform Project (IMSS)*, 1998, disponible en: <http://documents.worldbank.org/curated/en/695431468056441169/pdf/multi0page.pdf>. *Ibidem*, pp. 58 y 59. Véase también Laurell, Asa Cristina, “Structural Adjustment and Globalization of Social Policy in Latin America”, *International Sociology*, vol. 15, núm. 2, 2000, p. 306 y ss.

⁴³ Laurell, Asa Cristina, “El Banco Mundial en la reforma...”, . *cit.*, p. 59.

⁴⁴ “La iniciativa privada, por su parte, resulta favorecida por la reforma con la apertura y fuerte impulso de tres ámbitos de los negocios privados: la gestión del financiamiento de salud y la organización de sistemas de atención; la prestación privada de servicios médicos y la venta de seguros adicionales de salud”. En este esquema, señala Laurell, los empresarios de la salud “se convertirán en interlocutores privilegiados para la formulación de la política de salud y seguramente defenderán sus intereses particulares”. *Ibidem*, p. 61.

Sin ser servicios médicos, la evolución que ha tenido la prestación del servicio de guarderías del IMSS puede enmarcarse en la tendencia general antes aludida. Una tendencia que impacta en diversas áreas del IMSS, y que en relación con todas ellas abre cuestionamientos acerca del trazado de la línea entre “lo público” y “lo privado”; además de incidir sobre temas de responsabilidad pública y privada y la rendición de cuentas de los distintos tipos de proveedores del servicio. En el nivel más general, los desarrollos aludidos enfrentan una lógica mercantil que choca (o puede chocar) con la lógica pública que obedece (o debiera obedecer) al interés común de satisfacción de necesidades y garantía de derechos.⁴⁵

2. *El entorno regulatorio del contrato de subrogación de los servicios de guardería del IMSS*

La Recomendación 49/2009⁴⁶ de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) documentó una serie de irregularidades en relación con la suscripción y operación del “contrato”⁴⁷ de subrogación suscrito entre el IMSS y la *Guardería ABC, S.C.*, así como respecto de los deberes de vigilancia y monitoreo que distintas autoridades tenían en relación con las actividades de la guardería. Algunas de las principales irregularidades consistieron en lo siguiente: en la guardería no había el número de trabajadores y personal requerido por la normatividad vigente para atender a los menores, que hubieran podido apoyar en su evacuación; no había el equipo que la ley establece en el tema de seguridad de las instalaciones (tales como detectores de monóxido de carbono); en contravención con la norma para prestación de servicio de asistencia social para menores, en los muros de la guardería se uti-

⁴⁵ Esta es la preocupación fundamental de Laurell. Además, en otro ensayo sostiene igualmente que “[l]a primera premisa de esta propuesta es que los servicios médicos son «bienes privados» dado que son apropiados por los individuos y en cantidades variables (Akin, 1987). De allí se desprende que la salud es una responsabilidad privada, por lo que los individuos deben resolver sus necesidades de salud en la familia o adhiriéndose a formas de prepago que garanticen su acceso al mercado de servicios. Por tanto, el Estado solo debe hacerse cargo de aquello que no le interesa a los privados producir por la falta de rentabilidad o que los individuos no pueden comprar por falta de recursos económicos. En esta concepción no cabe la noción del «derecho a la salud» y su correlato lógico, o sea, la obligación del Estado a garantizarlo”. Laurell, Asa Cristina, “La globalización y las políticas de salud”, *Salud Problema*, nueva época, año 3, núm. 4, junio de 1998, p. 41.

⁴⁶ CNDH, Recomendación 49/2009 publicada el 3 de agosto de 2009.

⁴⁷ El artículo 213 de la Ley del Seguro Social habla de “convenios” de subrogación. La recomendación de la CNDH se refiere al “contrato” de subrogación, por así denominarse precisamente el título que habilitó a la Guardería ABC para prestar el servicio correspondiente.

lizaron materiales inflamables o que producían gases o humos tóxicos; y en el inmueble donde estaba la guardería carecía de salida de emergencia, además de que los responsables de la estancia no atendieron los requerimientos que en esa materia les hizo la delegación del IMSS.

Además de la citada recomendación de la CNDH, un documento producido por la Auditoría Superior de la Federación (ASF) incluyó los “fideicomisos, fondos, mandatos y contratos análogos” (como los contratos de subrogación de guarderías) como “áreas de opacidad” en la administración pública de la federación. Es decir, áreas en las que no se ejerce el control y rendición de cuentas en el manejo de recursos públicos federales de manera adecuada.⁴⁸

Por otro lado, en una segunda versión (ampliada) del mismo documento,⁴⁹ la ASF es más específica, al desarrollar toda una reflexión de diagnóstico acerca de la regulación y supervisión del Estado sobre la “delegación” y las “autorizaciones” a particulares de responsabilidades y tareas públicas. En dicho documento, después de comentar la expansión de este tipo de actos, la ASF reconoció que el Estado federal mexicano es responsable de regular, normar y verificar, mediante ordenamientos legales y acciones de vigilancia, las actividades que, con su autorización, desarrollan los particulares, cuidando que los intereses privados no se privilegien sobre el interés público.⁵⁰

Sin embargo, la ASF observa con preocupación la presencia de “importantes debilidades en los procesos de autorización, regulación y supervisión de diversos actos transferidos a particulares, como por ejemplo las siguientes: en el otorgamiento de las autorizaciones, no siempre se observa el cumplimiento de los requisitos que establece la normativa; los servidores públicos que participan en los procedimientos de otorgamiento de estas autorizaciones, en ocasiones, desconocen la legislación que los regula; existe escasa supervisión por parte de las autoridades respecto del cumplimiento de los particulares de toda la normatividad aplicable; y falta infraestructura para el establecimiento de controles que permitan una supervisión adecuada y eficiente por parte del Estado.⁵¹ En suma, lo que sugieren las observaciones de la ASF es que en los procesos de autorización, regulación y supervisión de diversos actos transferidos a particulares, hay graves problemas de *falta de institucionalidad*, noción a la cual regresaremos en la sección final de este ensayo.

⁴⁸ Auditoría Superior de la Federación, *Áreas de Opacidad y Riesgo en el Estado Federal Mexicano. Oportunidades de Mejora*, 2008, disponible en: <https://www.scribd.com/document/89668109/Areas-de-opacidad-y-riesgo-en-el-Estado-Federal-Mexicano-oportunidades-de-mejora>.

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 68-72.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 68.

⁵¹ *Ibidem*, pp. 69 y 70.

Asimismo, y después de citar una serie de casos específicos derivados de la revisión de la Cuenta Pública de 2007 efectuada por la ASF en los que se documentan diversas irregularidades, la sección respectiva del documento analizado concluye con una referencia directa al caso de la *Guardería ABC*:

Con base en estos resultados, se requiere reflexionar sobre la importancia de vigilar celosamente el cabal cumplimiento de las obligaciones de los particulares respecto de los actos que el Estado les concede realizar en su nombre, reconociendo, al mismo tiempo, los efectos que éstos tienen en la sociedad y, por consiguiente, la obligada protección que se debe ofrecer a la ciudadanía para evitar cualquier mal uso de las facultades delegadas que obre en su perjuicio, o bien, de cualquier eventualidad que afecte sus derechos e integridad, como fue el caso del siniestro ocurrido en una guardería subrogada del Instituto Mexicano del Seguro Social en el estado de Sonora, la cual no cumplía con las medidas de seguridad requeridas ocasionando la pérdida de la vida de muchos infantes.⁵²

Por último, y más allá del caso de la *Guardería ABC*, la ASF se pronuncia a favor de una revisión profunda de las normas y las prácticas que se dan alrededor de la transferencia a particulares de servicios y funciones públicas, en los siguientes términos:

Una inadecuada e insuficiente regulación y supervisión del Estado impacta determinadamente en la economía y en la sociedad en general, genera distorsiones en los objetivos, propósitos y metas de las políticas públicas, propicia la discrecionalidad en las decisiones y autorizaciones, e invita a la negligencia, al dispendio, a la ineficiencia y al mal uso de los recursos públicos, lo que facilita el contubernio y las prácticas de corrupción.

El Estado debe impulsar una administración eficiente de todas las autorizaciones emitidas y contar con personal suficiente y especializado para supervisar, verificar, vigilar, inspeccionar y dar seguimiento al cumplimiento cabal de las obligaciones por parte de los particulares. Estas tareas deben considerarse estratégicas, toda vez que cuidan la convivencia y el buen uso de los bienes y recursos públicos de todos los mexicanos.

Con base en el objetivo de impulsar la transparencia y la rendición de cuentas en todos los ámbitos de la gestión pública, es imperativo la atención inmediata de esta área de alto riesgo, mediante la aplicación de programas de gran aliento con acciones y mecanismos puntuales orientados a fortalecer las atribuciones de los entes públicos encargados de las funciones de regulación y supervisión de las actividades y procesos que han sido delegados a particulares, teniendo como premisa que ello es, desde cualquier óptica o perspectiva, una responsabilidad insoslayable del Estado federal mexicano.⁵³

⁵² *Ibidem*, p. 71.

⁵³ *Ibidem*, pp. 71 y 72.

El documento de la ASF nos remite a la preocupación por las consecuencias que puede tener el dar por supuestas ciertas condiciones de certidumbre, estabilidad y racionalidad de los actores, implícitas en algunas de las políticas públicas implementadas en México para resolver graves problemas sociales.⁵⁴ Las peculiaridades de las administraciones públicas de los países latinoamericanos en general, y de México en particular, obligan a una reflexión sobre la viabilidad de ciertos modelos, en contextos diferentes a los asumidos por muchas propuestas.

V. REFLEXIONES FINALES

Una primera reflexión que quisiéramos realizar en esta sección final de nuestro ensayo consiste en reconocer que, en la estructura social mundial actual, existen asimetrías de poder e influencia, tanto en razón de las diferencias muy pronunciadas entre los Estados que conforman la comunidad internacional —en términos políticos, militares y económicos— como por el hecho de que algunos actores (por ejemplo, el BM y el FMI) cuentan con el formidable instrumento de la “condicionalidad” en el otorgamiento de sus préstamos, para impulsar la adopción de sus recomendaciones. De esta forma, como observa Held, a todo gobierno que pretenda obtener su ayuda financiera, el FMI y el BM le requerirán, entre otras medidas y vía la “condicionalidad”, que restrinja la expansión del crédito, achique el gasto público, limite los salarios y los empleos del sector público, devalúe su moneda y reduzca los programas de asistencia social.⁵⁵ Todo ello abre la discusión acerca de la existencia de

⁵⁴ Ya no tenemos más espacio para referirnos *in extenso* a otro documento relevante en relación con el caso aquí analizado. Pero no queremos omitir por lo menos mencionar que el informe del 1 de marzo de 2010 presentado por la Comisión investigadora integrada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación con el caso de la *Guardería ABC*, concluyó que en el otorgamiento de los contratos, la operación y la supervisión de las de guarderías del IMSS subrogadas había un “desorden generalizado”. Esta conclusión del referido informe no fue aceptada por la mayoría de los Ministros de la Corte; pero los Ministros de la minoría elaboraron un interesante voto, a saber: el “Voto de minoría que formulan los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Olga María Sánchez Cordero de García Villegas y Juan N. Silva Meza, en el Dictamen emitido el catorce, quince y dieciséis de junio de dos mil diez por el Tribunal Pleno en la facultad de investigación 1/2009, promovido por el Ministro Sergio A. Valls Hernández”, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 18 de noviembre de 2010.

⁵⁵ Held, David, *La democracia y el orden global*, Barcelona, Paidós, 1997, p. 140.

actores hegemónicos en los procesos de generación y difusión de modelos, y de la medida en la que éstos reflejan la estratificación mundial.⁵⁶

Adicionalmente, lo anterior nos lleva a reflexionar acerca de las implicaciones que los modelos implícitos o explícitos en el concepto de “buena gobernanza”, y en general las recomendaciones del BM y del FMI, pueden tener en un contexto como el que caracteriza a México. La idea de “buena gobernanza” prescribe ciertas fórmulas de asociación y coordinación del gobierno con las organizaciones privadas y sociales en la implementación de las políticas y la prestación de servicios. Además, la “buena gobernanza” recomienda la promoción del reemplazo de estructuras altamente centralizadas y jerarquizadas por ambientes administrativos descentralizados, “horizontales” y “flexibles”, en los que las decisiones sobre distribución de recursos y provisión de servicios son hechas en el punto más cercano a la provisión; así como la creación y expansión de instrumentos diseñados como alternativas a la provisión pública directa de servicios públicos. Lo anterior se suma a las recomendaciones que ya venían desde antes, asociadas al “Consenso de Washington”, relativas a la privatización de servicios y funciones públicas.

Sin embargo, y a pesar de que como formulación teórica y conceptual las recomendaciones del BM y del FMI no dejan de tener su atractivo, es preciso plantear una serie de interrogantes relativos al efecto que este tipo de medidas pueden tener en contextos en los que existen sociedades civiles débiles y poco organizadas, en las que tradicionalmente han existido grupos de interés particulares muy poderosos, y en sociedades, además, que no han desarrollado poderes públicos con capacidad y fortaleza suficiente para imponer una disciplina social en aras de defender y hacer prevalecer los intereses generales.

En este tipo de contextos, existe el riesgo de que las privatizaciones puedan efectivamente significar cruda y llanamente —como apunta Starr— una relocalización del poder y, a la vez, la salida de dicho poder de un régimen de controles por parte del derecho público (tendientes a garantizar

⁵⁶ Cabe destacar que la influencia ejercida por los “modelos” generados en círculos globales no es homogénea en todos los países. Como bien han señalado Held y McGrew, el impacto de la globalización es irregular, lo que impide que ésta sea un proceso universal que se experimente de forma uniforme en todo el planeta; véase Held, David y McGrew, Anthony, *op. cit.*, p. 13. Al parecer, en buena medida el impacto concreto en cada país depende de las características de los Estados, de sus estructuras políticas y económicas, o bien de su localización regional. Como ha explicado Stiglitz, algunos países del Este asiático en su momento adoptaron medidas distintas a las del modelo promovido por el Consenso de Washington cuando lo consideraron pertinente para el interés nacional, con resultados positivos; véase Stiglitz, Joseph E., *El malestar con la globalización*, México, Taurus, 2006, p. 125.

valores como la rendición de cuentas, el debido proceso, la igualdad, la racionalidad y la transparencia), con lo cual se estaría contribuyendo a la profundización de los desequilibrios y las asimetrías en la sociedad respectiva, y a perpetuar una situación en la que el Estado se encuentra en una posición débil para cumplir con la función que le corresponde de garantizar la prevalencia del interés general.

Asimismo, ciertas propuestas relativas a la gestión indirecta de los servicios públicos presuponen condiciones de certidumbre, estabilidad y racionalidad de los actores, mientras que en realidad muchas de las administraciones públicas de América Latina se caracterizan por otro tipo de condiciones, tales como: el “exceso de informalidad”; la prevalencia de sistemas de tipo clientelar o patrimonialista, una cultura administrativa que busca y permite privilegios, discrecionalidad, nepotismo y búsqueda de rentas; la debilidad del Estado de derecho; la ausencia de mecanismos de supervisión, donde los procedimientos escritos pueden ser desechados; la ausencia de cuerpos de administradores de carrera regidos por sistemas de mérito, la “discontinuidad” y “pérdida de memoria institucional”, así como problemas de coordinación e inestabilidad.

Puede uno entonces por lo menos preguntarse qué efectos prácticos habrán de tener las referidas propuestas en el mundo social. Es también necesario reflexionar sobre los posibles riesgos que los esquemas flexibles, descentralizados y delegativos pueden tener en cuanto a la fragmentación del gobierno o la pérdida de coherencia y consistencia de las políticas en contextos de administraciones públicas como las que caracterizan a América Latina.

Ahora bien, condiciones como el “exceso de informalidad”, entre otras de las que acabamos de referir, nos remiten al ya mencionado problema de falta de institucionalidad en América Latina. Y es que quizás el dilema principal de la política y las políticas públicas en muchos países latinoamericanos no sea tanto el relativo al tipo de institucionalidad a adoptar, sino el que está planteado entre la institucionalización o la no-institucionalización de la vida pública.

Es bien conocido el hecho de que importantes áreas de la política en América Latina transcurren por vías más bien informales, no estrictamente institucionales. En el caso de México, por ejemplo, los profesores Purcell llegaron a afirmar que el sistema político que existió en este país entre 1929 y 2000 jamás se institucionalizó, sino que subsistió gracias a la renovación periódica de un acuerdo político original entre determinados grupos de poder político, económico y militar, cuyo cemento fue una serie

de prácticas informales, reglas no escritas y acuerdos tácitos.⁵⁷ En cualquier caso, consideramos que el tema de la falta de institucionalización de la vida pública debe ser recogido por los análisis sobre el alcance y el impacto de las recomendaciones de las instituciones financieras internacionales.⁵⁸

Ahora bien, aquí habría que aclarar lo que la *institucionalización* significa. Esencialmente, por este término entendemos la vinculación e identificación personal de los individuos con las reglas y los procedimientos de las instituciones en que actúan. Este es el sentido que Samuel Huntington ha dado a su noción de institucionalización, al decir que ésta es el proceso por medio del cual las organizaciones y los procedimientos adquieren valor y estabilidad. Este mismo autor afirma que la creación de instituciones políticas que involucren y reflejen un consenso moral e interés mutuo es una condición para el mantenimiento de un sentido de comunidad en las sociedades complejas. Dichas instituciones, a su vez, dan un nuevo significado al propósito común de quienes integran una sociedad, y crean nuevas vinculaciones entre los intereses particulares de los individuos y de los grupos. Finalmente, y para redondear su noción de institucionalización, Huntington afirma:

La comunidad política en una sociedad compleja depende, por tanto, de la fuerza de las organizaciones y procedimientos políticos en la sociedad. Dicha fuerza, a su vez, depende de la amplitud del apoyo dado a dichas organizaciones y procedimientos, y de su nivel de institucionalización.⁵⁹

En suma, puede afirmarse que la institucionalización requiere de la asignación de un valor positivo por parte de los individuos y los grupos a las reglas y procedimientos de las instituciones. Esa valoración positiva es la que las hace estables en el tiempo. Esta afirmación tiene una gran relevancia, puesto que probablemente sea esta especie de vinculación *moral* entre individuos e insti-

⁵⁷ Purcell, Susan Kaufman y Purcell, John, "State and Society in Mexico: Must a Stable Polity be Institutionalized?", *World Politics*, vol. 32, núm. 2, 1980, pp. 194 y 195.

⁵⁸ De alguna manera, los debates sobre la reforma a los regímenes políticos en América Latina y su relación con la democracia ya han recogido el tema de la falta de institucionalidad. Por ejemplo, Przeworski ha señalado, precisamente, que las soluciones al problema de la democratización están en las instituciones. Para este autor, la democracia sólo es posible cuando existen instituciones que hacen poco probable que el proceso de competencia política desemboque en resultados altamente adversos a los intereses de las fuerzas políticas relevantes, dados los recursos que estas fuerzas pueden poner en movimiento; véase Przeworski, Adam, "Democracy as a Contingent Outcome of Conflicts", en Elster, Jon y Slagstad, Rune (eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993, pp. 64-79.

⁵⁹ Huntington, Samuel, *Political Order in Changing Societies*, New Haven-Londres, Yale University Press, 1968, p. 12 (traducción propia).

tuciones la condición necesaria para la construcción de la institucionalidad en América Latina.⁶⁰

Debemos aclarar, sin embargo, que lo anterior no significa que rechacemos de manera absoluta y por principio las privatizaciones o las formas de gestión indirecta de servicios públicos (ni tampoco los esfuerzos por introducir racionalidad gerencial en el sector público). Al contrario, coincidimos con Aguilar, en el sentido de que estas medidas han sido una respuesta a los problemas crecientes de operación del gobierno, al déficit fiscal creciente, a la calidad incierta de servicios públicos, a los efectos de políticas económicas erróneas y a la ineficiencia e irresponsabilidad pública de los gobiernos, que produjo en muchos países la desconfianza de los ciudadanos en relación con la capacidad y la seriedad directiva de los gobiernos.⁶¹

Nuestro apunte, como explicamos desde la introducción de este trabajo, es una nota de cuidado, de precaución, que sostiene, por un lado, la conveniencia de un detallado análisis contextual y crítico, previo a la adopción de fórmulas y medidas como las anteriormente referidas; y, por otro lado, la necesidad de acompañarlas de un programa más acabado e integral de desarrollo de las instituciones políticas y de las administraciones públicas en los tres niveles de gobierno de nuestro sistema federal, que además involucre a la sociedad. Nuestra apuesta no es por la defensa a ultranza del sector público como proveedor único, monopólico, de servicios, sino por un régimen en el cual, cuando se considere necesaria y conveniente la participación de actores no estatales en la provisión de servicios públicos, el legislador, la administración pública e incluso los tribunales contribuyan a crear un ambiente regulatorio que vele por el interés general.

En el caso específico de los convenios de subrogación suscritos entre el IMSS y las guarderías manejadas por actores privados, como lo ha señalado la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE), resulta evidente que en condiciones en las que no existen mercados competitivos entre los oferentes; ni procedimientos de contratación gubernamental abiertos y verificables; ni una sólida experiencia y pericia en la administración de contratos, es muy probable que surjan problemas no esperados ni previstos en cuanto a la eficacia, la eficiencia y la seguridad para los beneficiarios de dichos servicios.⁶²

⁶⁰ Acerca del concepto de institucionalidad véase von Bogdandy, Armin, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo...”, *cit.*, pp. 21-25.

⁶¹ Aguilar Villanueva, Luis F., *Gobernanza y gestión pública*, México, Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 140.

⁶² OECD, *Governance in Transition, Public Management Reforms in OECD Countries*, París, OECD, 1995, pp. 8-27.

EL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES, LOS DERECHOS HUMANOS Y LA GOBERNABILIDAD DEMOCRÁTICA

Javier ECHAIDE*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El funcionamiento del régimen de protección de inversiones en el CIADI y otros foros*. III. *Demandas sensibles a los derechos humanos: el sector del agua potable y saneamiento y el caso argentino*. IV. *Reacciones y propuestas alternativas*. V. *Conclusión*

I. INTRODUCCIÓN

El derecho internacional público es un derecho que se encuentra fragmentado, y este fenómeno, lejos de minimizarse, se ha ido incrementando en las últimas décadas. Las ramificaciones que este derecho progresivamente ha ido adquiriendo se generan a riesgo de perder un diálogo de fuentes entre las normas que se crean, lo cual puede resultar en casos de contradicción normativa. A partir de la década de 1990 hemos visto como dichas ramificaciones han alcanzado un peso cada vez mayor y como han empezado a solapar otras áreas del derecho, incluso aquellas que se entienden fundamentales para la comunidad internacional en su conjunto, como son los derechos humanos.

Los derechos humanos no son tan solo un mero conjunto de normas formales. Son, como dijera el jurista argentino Carlos Nino, “el mejor invento del siglo XX”,¹ y producto de la experiencia aberrante de la Segunda Guerra Mundial. Más allá de su concepción formal, los derechos humanos

* Doctor en Derecho y Abogado (UBA). Docente universitario (UBA, UNLZ, UADE). Miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio Gioja”, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Ex Vicepresidente de la Comisión de Auditoría Integral de Tratados de Inversión y del Sistema de Arbitraje (CAITISA) de la Rep. de Ecuador. jechaide@hotmail.com / javierechaide@derecho.uba.ar.

¹ Nino, Carlos, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1989; citado en Pinto, Mónica, “Los derechos económicos, sociales y culturales y su

deben ser considerados como un *principio hermenéutico*, esto es, no sólo como normas fundamentales y piedra angular del derecho internacional surgido de la segunda posguerra, sino como herramienta de interpretación del Estado de derecho en virtud de una gobernabilidad democrática. En consecuencia, son además un faro en cuya luz han de entenderse las demás normas jurídicas. No son solamente una obligación jurídica en sí misma: son una especie de “*deber ser* del deber ser” kelseniano.

Resulta falaz el argumento en virtud del cual los recientes Tratados de Libre Comercio (TLC) y los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) —que en una forma genérica denominaremos aquí como Acuerdos Internacionales de Inversión (AII)— promueven el desarrollo aunque impacten negativamente en los derechos humanos, puesto que dichos derechos son también una fuerte herramienta de promoción del desarrollo y el bienestar de los pueblos. El desarrollo visto desde una simple acumulación económica y no como una mejora integral de derechos no traerá nada nuevo: la acumulación de riquezas con aumento de la desigualdad social y degradación del bienestar social ha sido una constante, al menos en América Latina.²

Democracia, desarrollo, equidad, bienestar y sustentabilidad, no son meras condiciones formales para la selección de gobiernos, ecuaciones matemáticas o palabras atractivas para alcanzar consensos; sino valores y objetivos que nos muestran hacia dónde debemos ir y cómo hacerlo.

A esto se suma que existe hoy una pluralidad de sujetos que impulsan la actual globalización: el Estado ya no es el único sujeto de las relaciones económicas internacionales, sino que interactúa con empresas transnacionales y

protección en el sistema universal y en el sistema interamericano”, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 40, 2004, pp. 25-86.

² Durante los años noventa América Latina vivió un nivel de crecimiento económico aparejado de una concentración de riqueza de fuerte magnitud. Según el Banco Mundial, en casi toda la región aumentó la desigualdad durante dichos años. En este sentido, durante la década del 2000 y tras una profunda crisis cuyo epicentro fue la crisis argentina (2001-2003), la región experimentó un mayor crecimiento con tasas de mayor redistribución pero sin que ello se viera acompañado de una disminución en los niveles de pobreza. “¿Está empeorando la desigualdad? Durante la década pasada, surgieron diversos patrones con respecto a las diferencias de ingresos, según los cuales más países están experimentando una tendencia al empeoramiento más que al mejoramiento. A fin de cuentas, países relativamente equitativos experimentaron cierto empeoramiento como, por ejemplo, el significativo deterioro sufrido por Argentina antes y durante su crisis económica. En el otro extremo de la escala, Brasil, históricamente el país más desigual de la región, experimentó una reducción moderada pero significativa respecto a la brecha en los ingresos... [E]n el largo plazo, el hecho más notable es la persistencia del alto nivel de desigualdad a pesar de que hubo diferentes regímenes económicos y políticos”. Ferranti, David *et al.*, *Desigualdad en América Latina y el Caribe: ¿ruptura con la historia?*, resumen ejecutivo, Washington, Banco Mundial, 2003, p. 4, disponible en: <https://web.archive.org/web/20150513051041/http://web.worldbank.org/archive/website00894A/WEB/PDF/INEQU-13.PDF>.

con organismos internacionales que participan del diseño de la arquitectura global. Esa pluralidad subjetiva complejiza el proceso de globalización, pues implica la existencia de intereses que pueden ser coincidentes, distintos o incluso divergentes. Dado que los AII son un fuerte instrumento de dicha globalización, reflejan los intereses en juego y las disposiciones que se tuvieron en mira para proteger dichos intereses. Un desbalance entre derechos y obligaciones por parte de estos sujetos intervinientes no logrará las promesas sino lo contrario: profundizará la inestabilidad económica y social.

En este texto nos concentraremos en los impactos que el derecho económico internacional (en adelante DEI) ha tenido sobre los derechos humanos como piedra angular para un sistema internacional equitativo y democrático. Describiremos algunas problemáticas sobresalientes del régimen de protección de inversiones para evaluar su impacto sobre el funcionamiento democrático y los derechos humanos, así como algunas reacciones que ello ha suscitado y posibles propuestas alternativas para considerar.

II. EL FUNCIONAMIENTO DEL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES EN EL CIADI Y OTROS FOROS

Hace diez años, en noviembre de 2005 en la ciudad argentina de Mar del Plata, fracasaba uno de los proyectos más ambiciosos del libre comercio: el ALCA, tratado de libre comercio que pretendía inaugurar una zona de libre intercambio de bienes, servicios y capitales en todo el continente americano. Impulsado por EE.UU., estaba siendo negociado desde 1994 (año de la entrada en vigor del TLCAN) entre todos los países del continente excepto Cuba. Uno de sus capítulos más importantes era el Capítulo XVII sobre *Inversiones*, que contenía un sistema de solución de diferencias inversor-Estado (en adelante ISDS, por sus siglas en inglés)³ que permitiría a los inversionistas extranjeros poder demandar internacionalmente a los Estados anfitriones ante cualquier violación que el inversor sintiera sobre la protección de su capital.

Los TLC suelen contener capítulos de inversiones que poseen las mismas cláusulas que los TBI, incluyendo el trato nacional, la cláusula de la nación más favorecida, la protección y seguridad plenas, el trato justo y equitativo, la prohibición de expropiaciones/nacionalizaciones en forma directa o indirecta, y por supuesto el ISDS. Esto hace que los TLC contengan “TBI”

³ *Investor-State Dispute Settlement* en inglés.

como capítulos de inversiones. El TLCAN o los borradores del ALCA son un ejemplo de ello.⁴

Los capítulos de inversiones de los TLC y los TBI presentan serios problemas en cuanto a una relación balanceada entre los derechos y los deberes de sus principales beneficiarios, así como en lo que respecta a una gobernabilidad democrática y un orden internacional democrático y equitativo. Ofrecen garantías a los inversionistas privados en detrimento de la regulación pública, sin que vayan aparejadas de obligaciones que sirvan de contrapesos o de controles que puedan ejercerse por parte de la ciudadanía a fin de evitar abusos. Ello desnivela la relación entre lo público y lo privado en favor de lo último, algo que en el plano internacional se traduce en una reducción del poder de los Estados como actores centrales de las relaciones internacionales. Los mecanismos democráticos clásicos para controlar a los gobiernos quedan desplazados ya que son insuficientes para controlar al sector privado: los pueblos no gozan de los beneficios y derechos que poseen los accionistas o inversores. En cambio, otorgan un conjunto de herramientas a la medida de las necesidades empresariales y en desmedro de sectores vulnerables de la población a los que las promesas de empleo que les suponen estos acuerdos resultan insuficientes frente a la pérdida de derechos, la afectación de los presupuestos públicos, la degradación del medio ambiente, etcétera. Dicha situación genera la necesidad de una revisión a conciencia de este tipo de acuerdos para poder reestablecer el equilibrio roto por los mismos.

Para ello, es útil entender el concepto de los derechos humanos como un principio hermenéutico y no solamente como normas formales, incluso fundamentales para el sistema jurídico nacional e internacional. Son una herramienta de interpretación del Estado de derecho, a fin de lograr una gobernabilidad democrática, y fijan un estándar deseable y exigible, tanto para los Estados como para todos los miembros de la comunidad nacional e

⁴ El capítulo XVII del tercer y último Borrador del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) posee las mismas cláusulas que aquellas utilizadas en los TBI. El artículo 1 posee nueve definiciones de inversión y seis de inversionista, muchas de ellas equiparables o incluso las mismas que en los TBI. También incluye cláusulas como el trato nacional (artículo 4), trato de la nación más favorecida (artículo 5), impedimento de aplicación extraterritorial de leyes (artículo 8), trato justo y equitativo (artículo 9), prohibición de requisitos de desempeño (artículo 10), prohibición de requisitos de nacionalidad para altos ejecutivos (artículo 11), libre transferencia de capitales (artículo 12), prohibición de expropiación (artículo 13) tanto directa como indirecta, compensación por pérdidas en casos de revueltas, motines, conmociones internas, etcétera (artículo 14), mecanismo de demandas inversor-Estado (artículo 24), elección de foro dentro de tribunales arbitrales (artículo 29) entre ellos el CIADI, las reglas UNCITRAL o tribunales ad hoc, y su correspondiente cláusula de prórroga de jurisdicción en favor de dichos tribunales (artículo 30). Todas estas cláusulas pueden hallarse en los TBI. Para mayor información: http://www.ftaa-alca.org/FTAADraft03/ChapterXVII_s.asp.

internacional. Ello significa una adecuación de los comportamientos sociales a los parámetros más elementales de la comunidad internacional surgida de la segunda posguerra: los derechos humanos.

Sin embargo, los laudos de los tribunales arbitrales internacionales en materia de inversión y comercio desatienden estas cuestiones y en muchas ocasiones resuelven las controversias que se les plantean sin tener en cuenta las demás obligaciones que los Estados poseen dentro del derecho internacional y de sus normas más fundamentales. Los tribunales arbitrales actúan como si fueran un régimen jurídico autosuficiente y ajeno al derecho internacional, cuando en realidad no es así: el régimen internacional de protección de inversiones y los tratados internacionales de libre comercio forman parte del derecho internacional y deben responder a su sistema de fuentes y a sus reglas de jerarquía normativa.⁵ Y es esta “independencia *de facto*” del ISDS sobre comercio e inversiones el punto desde donde germinan los principales conflictos normativos que se están advirtiendo en un debate internacional en ascenso sobre estos temas.

Las críticas al régimen de protección de inversiones

El debate crítico sobre los AII no surge ya de grupos marginales sino de un número creciente de académicos, ONG y funcionarios internacionales. Estas observaciones han detectado que el funcionamiento de este régimen de protección de inversiones dificulta seriamente la promoción de un orden internacional democrático y equitativo. Diagnostican un déficit democrático creciente, no solamente en los mecanismos de transparencia y participación de estos acuerdos, sino también en sus efectos. El relator especial de Naciones Unidas, Alfred-Maurice de Zayas advirtió que

la solución de controversias entre inversores y Estados plantea un desafío particular para el orden democrático, en particular cuando los Gobiernos que han sido elegidos democráticamente para llevar a cabo determinadas políticas sociales son demandados por los inversores precisamente en razón de esas políticas democráticamente escogidas...

Si bien los tribunales internacionales pueden y deben declarar inadmisibles los casos improcedentes de abuso del derecho a presentar comunicaciones... o de abuso de procedimiento, los tribunales de solución de controversias entre

⁵ En diciembre de 2016 el laudo *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa*, Caso CIADI n° ARB/07/26, laudo de 8 diciembre de 2016, aclaró precisamente que el derecho de las inversiones se suscribe dentro del derecho internacional general, a *contrario sensu* de lo que solicitaban las demandantes.

inversores y Estados rara vez lo hacen y aceptan los litigios improcedentes y vejatorios que ocasionan enormes gastos a las partes, lo cual es especialmente perjudicial para los países en desarrollo.⁶

Esto es lo que ciertamente le ocurrió a Alemania en un caso que la transnacional sueca Vattenfall presentó contra el Estado ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) alegando la Carta de Energía.⁷ En el caso, planteado en 2009, la empresa demandó una indemnización por 1,400 millones de euros (1,900 millones de USD) más intereses por las restricciones ambientales impuestas por el gobierno de Hamburgo sobre una de sus centrales eléctricas de carbón, luego de haber sido votadas por la población alemana. La demanda fue contra el Estado federal y se resolvió fuera de los tribunales después de que Alemania aceptara relajar su normativa ambiental, sin tener en cuenta el impacto negativo de la central eléctrica de la empresa sobre el río Elba. La empresa sueca presentó su reclamo ante el CIADI aludiendo que dichas decisiones gubernamentales resultaban “medidas similares a expropiaciones” y violaban el trato justo y equitativo. Casos como el de Vattenfall en Hamburgo muestran cómo las políticas democráticamente diseñadas y asumidas por los gobiernos pueden verse amenazadas por empresas, aun cuando sus pretensiones de lucro particulares afecten el interés público.

Las críticas que casos como estos han generado influyeron para que organismos como el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, la UNCTAD o incluso el Banco Mundial realicen varios esfuerzos para mejorar los TBI y el ISDS. Menuda tarea, ya que actualmente se contabilizan más de 3,200 TBI en el mundo.⁸ Si bien el origen de estos acuerdos data de la década de 1950 —en la que se suscribió el primer TBI—, el salto se da en los años noventa con un total de 1,857 TBI firmados y 1,000 más para 2000.⁹ En ellos

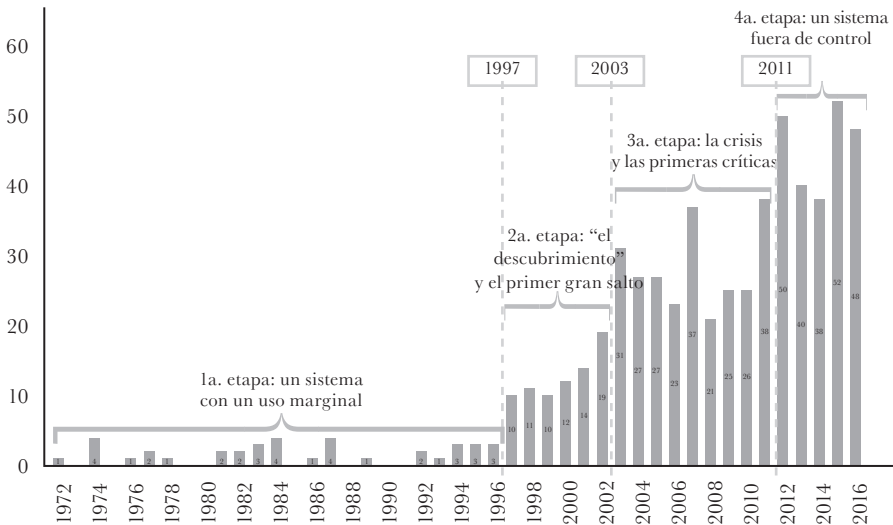
⁶ Experto Independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, *Informe del Experto Independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo*, A/HRC/30/44, 14 de julio de 2015, p. 13, disponible en: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/70/285&referer=http://www.iisd.org/itm/2015/11/26/un-independent-expert-alfred-de-zygas-recommends-abolishing-current-isds-regime//&Lang=S.

⁷ *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. Alemania*, Caso CIADI n° ARB/09/6, laudo de 11 marzo de 2011; el caso se resolvió de mutuo acuerdo en 2010; disponible en: http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita08_90.pdf; y *Vattenfall AB y otros v. Alemania* (Caso CIADI n° ARB/12/12); el caso se encuentra pendiente de resolución.

⁸ Información actualizada sobre el número de tratados disponible en: <http://investment-policyhub.unctad.org/IIA>.

⁹ Echaide, Javier, *El derecho humano al agua y los tratados de protección recíproca de inversiones*, tesis doctoral, Buenos Aires, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2013; Ortiz, Ricardo, *Los tratados bilaterales de inversiones y las demandas en el CIADI: la experiencia argentina a comienzos del siglo XXI*, 2006, disponible en: <http://www.fidcl-berlin.de/fileadmin/fidcl/Publikationen/>

GRÁFICO 1. Número de casos registrados en el CIADI.¹⁰



se observan diversos foros internacionales o locales a donde el interesado puede presentar sus demandas, siendo en los hechos el CIADI —organismo perteneciente al Grupo del Banco Mundial— el más usado entre todos ellos, pero no el único: también pueden encontrarse demandas de este tipo bajo las reglas de la Comisión de Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL, en inglés), la Cámara de Comercio de Estocolmo, la Cámara de Comercio Internacional, la Cámara de Comercio de Londres, o la Corte Permanente de Arbitraje (CPA). Por ende, si bien muchas críticas se dirigen a organismos específicos —el CIADI por ejemplo— se trata más bien de un conjunto de reglas dentro de las cuales estos organismos están incluidos, pero que también los superan. El análisis, por ende, debe realizarse tanto sobre el ISDS como sobre el resto de las cláusulas que existen en los AII para evaluar posibles conflictos normativos.

La Argentina, los BITs y el CIADI: versión final corregida. pdf; UNCTAD, *Informe sobre las inversiones en el mundo*, 2013, disponible en: http://unctad.org/es/PublicationsLibrary/wir2013overview_es.pdf; Eberhardt, Pía y Olivet, Cecilia, *Cuando la injusticia es negocio*, CEO & TNI, 2012, disponible en: https://www.tni.org/files/download/cuando_la_injusticia_es_negocio-web.pdf; Experto Independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, *op. cit.*

¹⁰ Cfr. CIADI, *Carga de casos del CIADI – Estadísticas* (edición 2017-1), Washington, 2017, disponible en: [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-1%20\(Spanish\)%20Final.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-1%20(Spanish)%20Final.pdf).

En tanto el CIADI es el organismo más acudido por los inversionistas para demandar a los Estados, un análisis sobre estas demandas nos permite observar la evolución de este régimen de protección a nivel internacional.¹¹ Desde sus inicios en 1966, el CIADI fue un organismo muy poco utilizado (un promedio de 1,48 casos nuevos por año durante 25 años) hasta el año 1997, en que se produce la crisis conocida como la “Gripe Asiática” en los países del sudeste de dicho continente. A partir de allí se observa una segunda etapa en el funcionamiento del organismo, en la que se multiplica la cantidad de casos (12,66 casos nuevos de promedio por año). Con la crisis argentina de los años 2001-2003 se produce un nuevo salto en la cantidad de demandas, pero dirigidas más bien contra los Estados latinoamericanos, especialmente Argentina, precisamente por dicha crisis (se alcanza un promedio de 27,13 casos nuevos por año). En esta tercera etapa también se observan las primeras críticas en cuanto a la transparencia del organismo y de los tribunales actuantes. Desde el año 2011, momento que coincide con la crisis financiera de algunos *hedge funds* desde el 2008 y con la crisis del Euro en 2010, el ISDS aumenta nuevamente la cantidad de casos, superándose en tres ocasiones (en 2012, en 2015 y en 2016) el récord de demandas histórico en el CIADI: todos los años de este periodo oscilan entre 38 y 52 demandas nuevas por año, con un promedio de 44,3 casos nuevos anualmente.¹²

El motivo del incremento de este tipo de tratados y de demandas puede entenderse desde dos puntos de vista: el primero es a partir de la entrada de un nuevo actor en las relaciones internacionales, como son las empresas transnacionales (en adelante, ETN), principales beneficiarias de la protección de sus inversiones por este régimen jurídico. El segundo punto de vista, quizás más polémico, es que el ISDS es utilizado por las ETN no como remedio frente a situaciones excepcionales que resultan injustas, sino como mecanismo normal de salida de sus capitales ante las crisis, o también para impedir la aplicación de determinadas políticas públicas sin importar si éstas benefician al resto de la sociedad. Los incrementos de los casos se observan cada vez que se produce una crisis económica de gravedad, algo que se evidencia en los casos de Argentina (2001-2005), Venezuela (2013), Grecia (2013-2014) y España (2013 y 2015). En este sentido, los años noventa marcaron un punto de inflexión con la expansión de este régimen legal de protección mediante la proliferación de TLC y TBI.

En una gran mayoría de los casos, los árbitros que resuelven sobre estas demandas provienen de Europa Occidental (47%) o de América del Norte

¹¹ *Idem.*

¹² *Idem.*

(21%), dejando al resto (32%) dividido entre las demás regiones del mundo.¹³ Ello configura una concentración en cabeza de árbitros provenientes de los países desarrollados del norte occidental, que resulta todavía más alta cuando se corrobora que el 55% de las demandas fueron resueltas por alguna combinación de tan solo 15 árbitros,¹⁴ como se observa en el Gráfico 2. También se han comprobado algunos casos de conflicto de intereses entre los árbitros que resuelven los casos y las empresas reclamantes, o situaciones de rotación de roles de personas. Por ejemplo, existen casos donde la misma persona cumple el papel de abogado defensor de una corporación reclamante en un caso y luego es nombrado por esa misma empresa como árbitro en otro caso.¹⁵ Además, existen casos donde alguien que ha ocupado un rol dentro del sistema también colabora con revistas y publicaciones especializadas,¹⁶

¹³ Los árbitros son elegidos por las partes, uno por parte de la demandante, otro por la demandada y el tercero de común acuerdo, quien oficiará como presidente del tribunal. Ante la falta de acuerdo, es designado por el Secretario del CIADI. Ello no implica un favoritismo del árbitro respecto de la parte que lo eligió. *Cfr.* CIADI, *Carga de casos del CIADI – Estadísticas...*, *cit.*

¹⁴ Eberhardt, Pía y Olivet, Cecilia, *op. cit.*, p. 38. Al año de publicación de su informe, las investigadoras verificaron que 247 casos habían sido resueltos por alguna combinación de 15 árbitros. De entre las demandas con reclamos de al menos 100 millones de USD, estos 15 árbitros resolvieron el 64% (79 casos). Y de las 16 demandas más caras, esto es de al menos 4,000 millones de USD o más, estos árbitros resolvieron el 75% (12 casos). En conclusión, no solo han concentrado la mayor cantidad de demandas sino además se han dedicado a resolver las demandas de mayor importe en el ISDS.

¹⁵ Stanimir Alexandrov, socio del bufete Sidley Austin que fue nombrado como árbitro por la empresa británica ICS Inspection and Control Services Ltd. en una demanda contra Argentina con base al TBI Argentina-Reino Unido, había representado a la multinacional Vivendi en una demanda anterior también contra Argentina. Por esta relación (de carácter indirecto), Alexandrov fue descalificado.

¹⁶ El caso de Daniel Price es quizás uno de los más notorios en el intercambio de roles dentro del sistema de arbitraje de inversiones. Él ha sido consejero general adjunto de la Oficina del Representante de Comercio de los EE.UU. y como tal negoció el TBI EE.UU.-Rusia. Cuando la empresa británica Yukos Oil Company (Yukos Universal) demandó a Rusia (Caso de la Corte Permanente de Arbitraje, que se disputó bajo reglas UNCITRAL), nombró a Price como árbitro. Price también negoció el capítulo de inversiones del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o NAFTA, en inglés) entre 1992 y 1994. Entre 2002 y 2006 representó como abogado a la compañía de seguros Allianz en una demanda contra México utilizando dicho tratado. Antes de 1992 estuvo al frente del bufete Sidley Austin, al que regresó en 2009 luego de pasar nuevamente por la administración pública estadounidense como asesor económico senior del presidente George W. Bush, y se quedó hasta 2011. De este modo, Price ha alternado su rol como abogado de empresas, árbitro y negociador de TBI durante los últimos 20 años de su carrera. Otro caso notable de conflictos de intereses fue el de Gabrielle Kaufmann-Kohler en el caso *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A. v. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/03/19). Allí Argentina interpuso dos pedidos de recusación contra la árbitro suiza por sus vínculos con la empresa UBS, accionista de la demandante

45% de los laudos arbitrales son a favor total o parcialmente de las reclamaciones presentadas, mientras que el 29% no les da lugar, el 25% declina la jurisdicción del tribunal para atender el caso y solo un marginal 1% rechaza las presentaciones por carecer manifiestamente de mérito jurídico.¹⁹ Si se toma la etapa de mérito —es decir las demandas en las que se llega a discutir el fondo del asunto— el 61% de los reclamos resueltos por los tribunales alcanzan un laudo favorable a las empresas, mientras que el restante 39% son demandas que se desestiman. En otras palabras, si una demanda logra pasar la etapa de jurisdicción (lo cual ocurre 3/4 de las veces) hay un 61% de posibilidades de que la empresa demandante gane el pleito. Tal situación ha generado críticas incluso desde ciertos sectores internos del sistema. El ex Secretario del CIADI Nassib Ziadé expresó su preocupación relacionada con que árbitros de países desarrollados (en el 64% de los casos), con sus reglas y con los criterios de sus sistemas jurídicos específicos —especialmente el *common law*—, manejen el 82% de las reclamaciones que son pertenecientes a países en vías de desarrollo con sistemas jurídicos diferentes.²⁰

El mecanismo además no permite la apelación de los laudos arbitrales y los recursos de nulidad se otorgan de forma muy restrictiva a pesar de la amplitud que los árbitros suelen tener al momento de interpretar estos tratados.

En resumen, estas características sistémicas operan en sentido de pretender eliminar el riesgo empresarial,²¹ que es propio de cualquier emprendimiento comercial y que justifica la obtención de un lucro,²² así como

¹⁹ CIADI, *Carga de casos del CIADI – Estadísticas...*, cit.

²⁰ Ziadé, Nassib, *Is ICSID heading in the wrong direction?*, 2015, disponible en: <http://www.bilaterals.org/?is-icsid-heading-in-the-wrong&lang=es>.

²¹ Echaide, Javier, “Aspectos jurídicos del ALCA y del sistema multilateral de comercio”, en Gambina, Julio (ed.), *Moloch Siglo XXI*, Buenos Aires, Centro Cultural de la Cooperación, 2005, p. 183; Experto Independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, *op. cit.*, p. 5.

²² Según De Zayas: “...Por su propia naturaleza, esas actividades entrañan asumir el riesgo que justifica una expectativa de lucro. Pero ¿puede haber una garantía de que un inversor que especula o un banco que ofrece préstamos sin suficiente patrimonio siempre va a obtener una ganancia? No, porque a veces los inversores ganan y a veces pierden. Lo que es anormal es que un inversionista exija una garantía de lucro, cree un sistema paralelo extrajudicial de solución de controversias, que a menudo no es independiente o transparente, que no rinde cuentas de sus actos, o incluso que no permita las apelaciones, y que procure usurpar la función del Estado y se inmiscuya en la tarea del Estado de reglamentar cuestiones fiscales y presupuestarias en el interés público. Los últimos 25 años han dado numerosos ejemplos de violaciones de derechos por los inversionistas y sentencias arbitrales sin escrúpulos que no solo han dado lugar a violaciones de los derechos humanos, sino que han generado una «parálisis normativa» o incluso una «congelación», impidiendo a los Estados adoptar reglamentos sobre la eliminación de los desechos o el control del tabaco por temor a ser demandados ante los tribunales de solución de controversias entre inversores y Estados que protegen a los especuladores que hacen

generar un efecto de enfriamiento (*chilling effect*)²³ de las políticas públicas en la regulación de sectores donde estas empresas actúan. Ello puede obstaculizar el desarrollo de un *Ius Constitutionale Commune* en derechos humanos en América Latina y el Caribe.

III. DEMANDAS SENSIBLES A LOS DERECHOS HUMANOS: EL SECTOR DEL AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO Y EL CASO ARGENTINO

Se ha observado un incremento preocupante de casos que afectan los derechos humanos provenientes de este DEI centrado en los AII. Temas sensibles como los derechos a la salud,²⁴ a una vida digna,²⁵ a derechos laborales,²⁶ el derecho a la autodeterminación,²⁷ etcétera, se ven cada vez más frecuentemente en los foros del ISDS. Quizás uno de los más claros casos de conflicto normativo y de asimetría jurídica se da en el sector del agua potable y el saneamiento.

La Comisión de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) del Consejo Económico y Social (ECOSOC) de Naciones Unidas ha dictado en su Observación General núm. 15 que el derecho humano al agua

inversiones de riesgo y privan a los Estados de su espacio normativo, imponiendo en su lugar «medidas de austeridad» en los servicios sociales». Experto Independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, *op. cit.*, p. 5.

²³ Bohoslavsky, Juan Pablo, *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)*, Informe CEPAL, Santiago de Chile, 2010, disponible en: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/3769/S2010545_es.pdf?sessionid=C5AB8BDF5635D69022FE34680DFF3E0C?sequence=1.

²⁴ *Ethyl Corporation v. Canadá* (reglas UNCITRAL, tribunal *ad hoc* en el TLCAN). *Philip Morris v. Australia* (Caso CPA con reglas UNCITRAL, n° 2012-12) y *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Uruguay*, Caso CIADI n° ARB/10/7, laudo de 8 julio de 2016. Ambos casos se refieren a la prohibición por parte de las autoridades gubernamentales de aplicar legislación local de lucha contra el tabaquismo. Recientemente el tribunal del CIADI emitió el laudo final correspondiente a la demanda contra Uruguay, desestimando el reclamo de la empresa tabacalera por 25 millones de USD y obligándole a reintegrarle al Estado uruguayo 7 millones de USD como parte de los gastos de defensa deengados en el proceso; laudo disponible en: <https://www.italaw.com/cases/460>.

²⁵ *Eli Lilly and Company v. Canadá* (UNCITRAL, Caso n° UNCT/14/2); caso que se refiere al acceso a medicamentos genéricos cuya comercialización es impedida por la protección a las patentes de empresas farmacéuticas.

²⁶ *Veolia Propreté v. Egipto* (Caso CIADI n° ARB/12/15); caso en que la empresa reclamó pérdida de beneficios como consecuencia del aumento del salario mínimo.

²⁷ *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. Alemania* (Caso CIADI n° ARB/09/6), y *Vattenfall AB y otros v. Alemania* (Caso CIADI n° ARB/12/12) ya referidos.

es esencial para el cumplimiento de otros derechos humanos.²⁸ Ello sin considerar al derecho al agua como un derecho humano en sí mismo, algo que logró reconocerse ocho años después de dicha Observación, en 2010, con la Resolución de la Asamblea General de la ONU núm. 64/292.²⁹ El preámbulo de dicha resolución reconoce:

la importancia de disponer de agua potable y saneamiento en condiciones equitativas como componente esencial del disfrute de todos los derechos humanos. Reafirmando la responsabilidad de los Estados de promover y proteger todos los derechos humanos, que son universales, indivisibles, interdependientes y están relacionados entre sí, y que deben tratarse de forma global y de manera justa y equitativa y en pie de igualdad y recibir la misma atención.

En tal sentido, en el punto 1 de su parte resolutoria, “reconoce que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”.

La violación, por ende, del derecho humano al agua potable y saneamiento implica una violación de los restantes derechos humanos así como un caso de responsabilidad internacional del Estado.³⁰

Argentina aporta una prolífica cantidad de casos de estudio dentro del CIADI, dado que se trata del Estado más demandado del mundo dentro del organismo.³¹ Asimismo, es de especial interés su estudio en materia de demandas sobre el sector de agua potable y saneamiento, ya que de los once reclamos presentados ante el CIADI en relación con este tema, Argentina

²⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general N° 15, El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E/C.12/2002/11, 20 de enero de 2003.

²⁹ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Resolución 64/292, El derecho humano al agua y el saneamiento*, A/RES/64/292, 3 de agosto de 2010.

³⁰ *Idem.*

³¹ Argentina ha sido demandada dentro del CIADI en 56 ocasiones. Muchas de estas demandas han sido discontinuadas por desinterés de la parte demandante (eventualmente debido a arribarse a un acuerdo fuera del organismo) o porque se llegó a un acuerdo con la parte demandada dentro del CIADI. A fines del año 2015, los 5 países más demandados en el CIADI son: Argentina (56 casos), Venezuela (36), Rep. Checa (27), Egipto (23) y Canadá (23). Les siguen: Ecuador (22), México (21), España (19), Polonia (16), Kazajstán (16), Estados Unidos (15), Ucrania (14), India (14), Hungría (13), Eslovaquia (12), Bolivia (11), Turquía (11), Rumania (11), Rusia (9), Costa Rica (9) y Perú (9), para completar los 21 países más demandados en el mundo dentro del CIADI en materia de inversiones. El país más demandado en el 2015 ha sido España, con 10 demandas nuevas registradas solo ese año; véase CIADI, *Carga de Casos del CIADI – Estadísticas* (Edición 2015-2), Washington, 2015, disponible en: [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources//ICSID%20Web%20Stats%202015-2%20\(Spanish\).pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources//ICSID%20Web%20Stats%202015-2%20(Spanish).pdf).

ha sido demandada en nueve oportunidades.³² Un argumento sostenido a lo largo del tiempo por distintos sectores que justificaron la firma de 58 TBI por parte del Estado argentino se apoya en que estos acuerdos internacionales aportan la “seguridad jurídica” suficiente y necesaria para la atracción de las inversiones extranjeras. En el Gráfico 3 se observa, incluso tomando los datos más conservadores provenientes del Banco Mundial, cómo el ingreso de capitales se ha mantenido estable durante los últimos 24 años, con la firma de TBI o sin ellos. La única excepción se da en el año 1999, producto de la privatización de la empresa petrolera estatal YPF, que pasó a manos de la española Repsol, lo cual significó una entrada muy importante de dólares para dicha operación sin que ello evidenciara un plan de inversiones a mediano o largo plazo.

Los TBI no garantizaron mayores inversiones ni mayor desarrollo, como se sostiene en sus preámbulos. En cambio, de ellos se derivaron varias demandas contra Estados, permitiendo que las empresas demandantes pudieran acudir a tribunales internacionales directamente para el planteo de sus reclamos. De este modo, Argentina dejó de aplicar la denominada Cláusula Calvo, por la cual se establecía la condición de recurrir primero a los tribunales locales antes de acudir a instancias internacionales como el arbitraje.

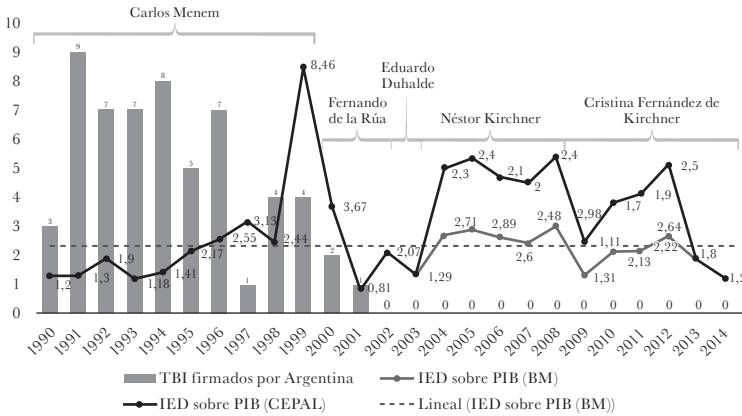
En el caso argentino, casi el 20% de las demandas se refieren al sector de agua potable y saneamiento. En 2013, el monto de dichas demandas —de aproximadamente unos 1,680 millones de USD— excedía el presupuesto anual nacional del sector, de 1,410 millones de USD. El impacto de los reclamos particulares sobre las cuentas públicas para el mantenimiento de un sector tan sensible como el de agua potable y saneamiento implicaba comprometer la prestación del servicio para la población argentina por todo un año.

En abril de 2015 se emitió el laudo *Suez y otros v. Argentina* por el caso de Aguas Argentinas S.A. (Caso CIADI n° ARB/03/19). Previamente a la emisión del laudo de fondo, la empresa había sostenido que “«la importancia

³² *Aguas del Tunari v. Bolivia* (Caso CIADI n° ARB/02/3) y *Biwater Gauff v. Tanzania* (Caso CIADI n° ARB/05/22) fueron los dos casos ajenos a la Argentina. Los demás fueron *Compañía Aguas del Aconquija y Vivendi Universal v. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/97/3); *Aguas Provinciales de Santa Fe, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Interagua Servicios Integrales de Agua v. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/03/17); *Aguas Cordobesas, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona v. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/03/18); *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/03/19); *Azurix v. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/01/12); *Azurix (Azurix Mendoza) v. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/03/30); *SAUR International v. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/04/4); *Impregilo v. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/07/17); *Urbaser y Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/07/26).

GRÁFICO 3. Tratados bilaterales de inversión e inversión extranjera directa en Argentina.

Fuente: Elaboración propia en base a UNCTAD (2012), CEPAL (2012) y Bco. Mundial (2015).



Javier Echaide (UBA), "El derecho de inversiones y comercio internacional y la democracia global: Sus implicancias para el ICCAL". Seminario Anual del Max Planck Institute, Heidelberg (Alemania), 4 y 5 diciembre 2015.

pública e institucional» del caso no existe” (*sic*),³³ aun cuando se trataba del servicio de agua potable de los tres distritos³⁴ de mayor población del país con un total aproximado de 17 millones de personas afectadas (casi la mitad de la población argentina en ese momento). El tribunal del CIADI debió admitir que el caso involucraba “potencialmente cuestiones de interés público”,³⁵ y que era un servicio público básico para millones de personas que “podrían plantear una amplia gama de cuestiones complejas en materia de derecho público e internacional, incluidas consideraciones relativas a los derechos humanos”.³⁶ No obstante ello, el tribunal no manifestó una sola palabra respecto de los derechos humanos como consideración al momento de resolver, ni en el laudo sobre responsabilidad emitido en 2010 ni en el

³³ CIADI, *Resolución en Respuesta a la Petición de Transparencia y Participación en Calidad de Amicus Curiae*, 19 de mayo de 2005, párr. 18, disponible en: https://www.escri-net.org/sites/default/files/ICSIDAmicus_17jun05_Espanol_0.pdf.

³⁴ El caso de Aguas Argentinas, reclamado por el consorcio liderado por Suez y conformado además por Aguas de Barcelona, Vivendi Universal y Anglian Water Group, también había ganado las concesiones para la provisión de agua potable de las provincias de Santa Fe y Córdoba.

³⁵ CIADI, *Resolución en Respuesta a la Petición de Transparencia y Participación en Calidad de Amicus Curiae*, *cit.*, párr. 3.

³⁶ *Ibidem*, párr. 19.

laudo indemnizatorio dictado nada menos que cinco años después por la suma de 405 millones de USD.

El reclamo de la empresa se basó en la violación del trato justo y equitativo (se desestimaron los puntos por reclamos de medidas expropiatorias y denegación de justicia). La base del reclamo recayó en que la devaluación del peso en 2002 —en plena crisis económica y política post-2001— alteró las estimaciones de las empresas privadas prestatarias de servicios públicos, dado que sus tarifas se cobraban en pesos pero estaban fijadas a valor dólar estadounidense. Según el laudo final, Argentina tendría que haber respetado la tarifa a valor dólar aun en un contexto de crisis económica y social como la vivida en 2001-2003, y dicha tarifa debería haberse mantenido dolarizada y ajustada a valor inflación (que por ese momento rondaba en un 41% anual), y mantenida durante todo el transcurso de la concesión, es decir hasta el año 2023.

El valor promedio del agua en Argentina en 2004 era de 0,48 USD por m³, lo que lleva a un monto total de 5,76 USD al año por m³ de agua. Si nuestros cálculos son correctos, para el tribunal la tarifa anual proyectada por tasa de inflación en 21 años debería haber sido de 7.834,73 USD. A esto se le suma la condición que el tribunal fijó, de que debía haberse realizado un ajuste tarifario del 18,2% nominal (13,2% anual), además de un préstamo a la empresa sin intereses y por un año a fin de sanear sus cuentas, afectadas por la crisis.³⁷

Basándose en su decisión sobre responsabilidad en contra de la Argentina, el tribunal decidió establecer su cálculo indemnizatorio no sobre la inversión efectivamente realizada sino sobre el flujo de caja que AASA tenía y “el que esperaban las partes en la Concesión para compensar a las Demandantes por las sustanciales inversiones que habían realizado en los sistemas de agua y alcantarillado de Buenos Aires... para otorgarles una rentabilidad razonable”.³⁸ Así, el tribunal proyectó lo que consideró un “escenario probable” del porvenir de la empresa en la Argentina desde el 2015 al 2023 (incluso aventurándose a fijar la inflación argentina, el crecimiento poblacional y las condiciones macroeconómicas no durante el próximo semestre sino durante los próximos 8 años) para fijar los criterios que el Estado debería haber seguido para no violar los TBI.³⁹

³⁷ Véase *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentina*, Caso CIADI n° ARB/03/19, laudo de 9 abril de 2015, párrs. 46-48.

³⁸ *Ibidem*, párr. 29.

³⁹ *Ibidem*, párrs. 30 y 31.

La población de Buenos Aires paga cerca de medio centavo de peso por cada litro de agua.⁴⁰ Si trasladamos el criterio del tribunal del CIADI a la aplicación tarifaria en pesos por litro, el agua en Buenos Aires debería costar 30 pesos por litro (2 USD aproximadamente),⁴¹ lo cual es unas 6,300 veces más. Para ponerlo en una perspectiva tangible: el tribunal del CIADI entendió que en Argentina una ducha de agua de 10 minutos debería costar 2,500 pesos (163.50 USD aproximadamente). Para el tribunal, si cada argentino hubiera pagado esos montos por 21 años (el tiempo restante entre la fecha de violación del TBI y la finalización del contrato de concesión), Argentina no hubiese violado el trato justo y equitativo del TBI con Francia o con España.

Si los criterios cuantitativos para fijar el respeto de los TBI se basan en las ganancias de la empresa provenientes de las tarifas, y dichas tarifas se fijan a un valor de 30 pesos (2 USD) por litro de agua consumido, resulta complejo no relacionar estos datos con una restricción real al goce del derecho humano al agua potable, máxime en los casos de personas que viven por debajo de la línea de pobreza, es decir con menos de 1 USD por día, y más aún en un contexto como el de la crisis de 2001-2003.⁴²

Casos como este evidencian cómo la fragmentación del derecho internacional permite una contradicción normativa y la disyuntiva entre tomar medidas para resolver este tipo de coyunturas críticas para la población y violar los TBI en consecuencia, a riesgo de ser demandado ante el CIADI,

⁴⁰ Este cálculo está efectuado en forma previa a los aumentos tarifarios que la actual gestión del presidente Mauricio Macri ha realizado desde su asunción en diciembre 2015 al presente. A mediados del mes de mayo de 2016, el nuevo gobierno incrementó la tarifa del agua en un promedio del 297% alcanzando toques de hasta un 400%; véase Lewkowicz, Javier, “Con el agua al cuello por las nuevas tarifas”, *Página/12*, 17 de mayo de 2016, disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/economia/2-299533-2016-05-17.html>.

⁴¹ Los cálculos están realizados en base a la fecha de entrega del presente capítulo (2016). Actualmente la relación peso argentino/dólar estadounidense se vio modificada por dos devaluaciones, la última de ellas a inicios de septiembre de 2018 que sumó una depreciación de la moneda argentina en un 40%, subiendo en casi 10 pesos la cotización de cada dólar. A ello se suma que según los cálculos estimados para la inflación acumulada en Argentina para el año 2018, esta cerrará en un 42%, con una tasa de interés del 65% y una caída del PIB del 2,4%. Para mayor información ver: <https://www.infobae.com/economia/2018/09/03/el-gobierno-espera-para-este-ano-una-inflacion-de-42-y-una-caida-del-pbi-de-24/>; y <http://www.perfil.com/noticias/economia/para-dujovne-la-inflacion-de-este-ano-sera-del-42-y-la-economia-caera-24.phtml>.

⁴² En 2002 en Argentina el 57,5% de la población —unas 21,6 millones de personas— se encontraba por debajo del umbral de pobreza; la inflación era del 41%; había un 23,6% de desocupación formal y una caída de salarios de un 23,7%; Ministerio de Economía de la Rep. Argentina, *La Economía Argentina en 2001 y su evolución reciente (Introducción)*, disponible en: <http://www.mecon.gov.ar/informe/informe40/introduccion.pdf>; Saxton, Jim, *La crisis económica argentina: causas y remedios*, Informe para el Congreso de los Estados Unidos de América, 2003, disponible en: <http://www.vekweb.com/days/crisis.htm>.

o bien respetar dichos acuerdos y negar en los hechos el derecho humano al agua para su propia población. Este tipo de casos causan un enfriamiento regulatorio (*chilling effect*),⁴³ por el cual los Estados muestran un comportamiento donde prefieren violar las regulaciones —incluso en materia de derechos humanos— antes que afectar los intereses de un inversionista, para evitar así una demanda en el ISDS.

IV. REACCIONES Y PROPUESTAS ALTERNATIVAS

Ante esta realidad, un número creciente de Estados han reaccionado impulsando iniciativas de diversa índole. Bolivia fue el primer país del mundo en retirarse del CIADI en 2007, y ha denunciado todos sus TBI. Le siguió Ecuador, que desde 2008 ha denunciado 10 de sus 30 TBI y que se retiró del CIADI a finales de 2009. En 2013 creó de forma independiente la Comisión de Auditoría Integral de Tratados de Inversión y del Sistema de Arbitraje (la CAITISA),⁴⁴ para evaluar sus TBI y determinar su compatibilidad o no con sus normas internas fundamentales, así como con sus demás obligaciones internacionales. Quien suscribe tuvo el honor de ser el Vicepresidente de tal comisión, conformada por prestigiosos profesionales a nivel internacional y tras un complejo análisis recomendamos la denuncia y revisión de los tratados firmados por Ecuador.⁴⁵ Dicho Estado también ha creado un Observatorio del Sur sobre Inversiones y Transnacionales,⁴⁶ actualmente en funcionamiento. En la región, Venezuela fue el último país en retirarse del CIADI en 2012, pero aún no tomó medidas sobre sus TBI. Brasil no es miembro del CIADI, no ratificó tratados de inversión y el 2015 firmó TBI con cinco países, con modelos más equilibrados, aunque de todas maneras cuestionables,⁴⁷ pero

⁴³ Bohoslavsky, Juan Pablo, *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)*, CEPAL, 2010, disponible en: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/3769/S2010545_es.pdf;jsessionid=C5AB8BDF5635D69022FE34680DF3E0C?sequence=1.

⁴⁴ Véase <http://www.caitisa.org/>.

⁴⁵ CAITISA, *Informe Ejecutivo de la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del sistema de Arbitraje en Materia de Inversiones en Ecuador*, 2017, p. 99, disponible en: <http://caitisa.org/index.php/home/enlaces-de-interes>.

⁴⁶ Véase <http://www.cancilleria.gob.ec/funcionamiento-de-observatorio-del-sur-sobre-inversiones-y-transnacionales-iniciara-el-9-de-julio/>.

⁴⁷ Arroyo Picard, Alberto y Ghiotto, Luciana, “Brasil y la nueva generación de Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones: un análisis del tratado con México”, *Relaciones Internacionales*, vol. 26, núm. 52, pp. 39-45, disponible en: <https://revistas.unlp.edu.ar/RRII-IRI/article/view/2727/3590>.

que aseguran una mayor regulación y que no permiten las demandas inversor-Estado. La Unasur, por su parte, se encuentra negociando un sistema de solución de diferencias regional sobre inversiones separado del CIADI.⁴⁸

Fuera de la región sudamericana, la Unión Europea emitió comunicaciones oficiales a sus Estados miembros declarando que a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009 las cuestiones sobre negociaciones de AII pasarían a ser materia comunitaria y no de los Estados, por lo que abrió un periodo para que éstos revisen la compatibilidad de sus TBI con las normas de la UE, algo que los Estados se resisten a realizar hasta el momento. Sudáfrica denunció en 2010 su TBI con Bélgica y Luxemburgo y en 2013 su TBI con Alemania. Realizó una revisión de su política de inversiones y anunció que no renovará sus TBI cuando éstos venzan. Australia, por recomendación de su Comisión de Productividad, ha reducido el uso de las cláusulas que permiten efectuar demandas internacionales inversionista-Estado. En 2011, el gobierno anunció que dejaría de incluir este tipo de cláusulas en sus acuerdos comerciales, aunque años más tarde prefirió realizar una evaluación caso por caso.⁴⁹

A principios de 2013, el Departamento de Política Industrial de la India llamó a una revisión de sus 82 TBI. El gobierno estaría considerando no incluir cláusulas sobre demandas inversor-Estado en futuros TLC. China limita el uso de TBI que contengan cláusulas de demandas inversor-Estado. Sus TBI vigentes no poseen esta cláusula, como tampoco la prórroga de jurisdicción en favor del CIADI.

En enero de 2014, Colombia manifestó su postura de excluir la posibilidad de demandas inversor-Estado de sus acuerdos comerciales. En abril de ese mismo año Indonesia anunció que no renovaría sus TBI cuando fueran venciendo.⁵⁰ Ya ha denunciado su TBI con Argentina, por ejemplo, el cual

⁴⁸ En abril de 2018, seis países se retiraron de la Unasur, entre ellos Argentina, con quejas de falta de funcionamiento adecuado y con un claro mensaje de quita de respaldo político al organismo regional por parte de los gobiernos de Mauricio Macri (Argentina) y Michel Temer (Brasil), acompañados por Chile, Perú, Colombia y Paraguay. Este hecho ha dividido los procesos de integración sudamericana entre los Estados que se mantienen dentro del organismo y los Estados salientes, dejando a la Unasur en un futuro incierto. Para mayor información ver: <https://cnnspanol.cnn.com/2018/04/21/el-principio-del-fin-de-unasur-6-paises-suspenden-su-participacion/>.

⁴⁹ Véase Kurtz, Jurgen, y Nottage, Luke, "Investment Treaty Arbitration «Down Under»: Policy and Politics in Australia", *ICSID Review*, vol. 30, núm. 2, 2015, pp. 465-480, en especial p. 479.

⁵⁰ Véase por ejemplo Baker McKenzie, *Withdrawal from Investment Treaties: An Omen for Waning Investor Protection in AP?*, 12 de mayo de 2017, disponible en: <http://www.bakermckenzie.com/en/insight/publications/2017/05/withdrawal-from-investment-treaties/>. También Hikmahanto, Juwana, "Indonesia should withdraw from the ICSID!", *The Jakarta Post*, 2 de abril de 2014, disponible en: <http://www.thejakartapost.com/news/2014/04/02/indonesia-should-withdraw-icsid.html>.

dejó de hallarse vigente en 2016. Polonia anunció una revisión similar en febrero de 2016.⁵¹

Se observa, así, un número creciente de países que han tomado distintas medidas en torno al ISDS inserto en los AII. Al mismo tiempo, organizaciones internacionales como la UNCTAD se encuentran analizando la formulación de propuestas para reformar el actual régimen de protección de inversiones, donde se recogen las preocupaciones generadas por los mecanismos del ISDS vigente; y centros de investigación de prestigio se suman a tratar estos temas con una mayor preocupación.

En el marco del debate internacional abierto en torno a los mecanismos de solución de diferencias en materia de inversiones individualizados en los TBI o que también forman parte de los tratados de libre comercio, es necesario considerar:

- 1) La adecuación del marco normativo existente —tanto en los TLC como en los TBI— respecto de las normas internacionales jerarquizadas como son el *ius cogens* internacional y las normas de carácter *erga omnes*, por ejemplo, las de derechos humanos.
- 2) La construcción de una coherencia normativa transversal que reduzca la asimetría normativa existente entre las normas del DEI y los derechos humanos, favorecida por la fragmentación del derecho internacional.
- 3) La incorporación (dentro de estos tratados o fuera de ellos) de mecanismos que apliquen un marco de responsabilidad no solo respecto al Estado sino también a los inversionistas.

1. *Asimetría jurídica*

Se observa una asimetría jurídica entre los derechos y las obligaciones requeridos en las normas del DEI. El derecho económico internacional orienta su observancia hacia los Estados cuando no son los únicos actores que participan dentro del escenario económico de un mundo globalizado. Resulta innegable el rol protagónico que el sector privado ha adquirido, sobre todo a partir de la década de 1990 y tras la implosión soviética. Ello le ha permitido adquirir derechos de los que anteriormente no gozaba a fin de tener ciertas garantías frente a operaciones económicas y financieras de alto riesgo. Sin

⁵¹ Véase al respecto Zarowna, Agnieszka, “Termination of BITs and Sunset Clauses – What Can Investors in Poland Expect?”, *Kluwer Arbitration Blog*, 28 de febrero de 2017, disponible en: <http://kluwerarbitrationblog.com/2017/02/28/booked-22-february-polish-bits/>.

embargo, esos derechos no han surgido con una contrapartida en cuanto a obligaciones de los mismos actores: las obligaciones han recaído únicamente en los Estados, los cuales han asumido todos los riesgos de verse responsabilizados por las medidas que pudieran tomar para una mejor regulación del capital transnacional, incluso en situaciones abusivas.

Esta asimetría jurídica a su vez se ve fomentada gracias a un proceso de fragmentación del derecho internacional cada vez más profundo. La falta de diálogo entre fuentes normativas favorece la posibilidad de contradicciones y la fragmentación que —a diferencia de lo que sería una especialización— provoca un aislamiento entre las normas del derecho que quiebra hasta las jerarquías más elementales, como ocurre con el llamado orden público internacional.

Una propuesta necesaria sería el adecuar las normas del DEI dentro del marco de los derechos humanos. Ello no equivale a simplemente incluir cláusulas de derechos humanos en los AII, sino a ubicar conceptualmente a las normas del DII por debajo del orden público internacional, de modo que este régimen se reconozca en cumplimiento de obligaciones *erga omnes* y *ius cogens*, y sea interpretado y aplicado a la luz de dichas obligaciones.

2. *El argumento de los derechos humanos*

A la hora de analizar la perspectiva crítica del DEI desde los derechos humanos, es frecuente encontrar una postura que intenta identificar al argumento en defensa de los derechos humanos como una postura “pro-Estado”, lo cual es un error.

Los derechos humanos no son un argumento en defensa del Estado sino una herramienta *pro homine* frente a los abusos. Cualquier abogado litigante en casos de derechos humanos sabe eso: su principal demandado es siempre el Estado. Pero la violación de los derechos humanos no ocurre solamente por actos propios del Estado —aunque siempre hay una responsabilidad estatal cuando existe un caso de violación—, sino que también puede ocurrir por el accionar de entes privados.

La gobernabilidad democrática no puede verse escindida del respeto a los derechos humanos, incluyendo el ejercicio de las funciones reguladoras del Estado como aspecto elemental de su razón de ser. La desregulación atenta contra el Estado de derecho y permite comportamientos abusivos tanto por parte del sector público como del privado. La promoción del pleno goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales forma parte de la función del Estado, y lo es de forma prioritaria a otras responsabilidades

que dicho Estado pueda asumir. Ello se debe al carácter *erga omnes* de los derechos humanos y a que los mismos ofrecen una cosmovisión del derecho como hermenéutica jurídica y no como simples normas formales y aisladas.

La prioridad de estas obligaciones ya se encuentra manifiesta en el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, que claramente expresa:

Artículo 103

En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta.

Una lectura concordada con el artículo 1.3 del mismo texto resulta aún más clara:

Artículo 1

Los propósitos de las Naciones Unidas son...

3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y *en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos*, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión... (el destacado es nuestro).

Todos los tratados internacionales deben ser conformes con la Carta de la ONU, en particular con los artículos 1, 2, 55 y 56. En tal sentido, ratificamos que

un orden internacional al amparo de las Naciones Unidas, que se halle comprometido con el Estado de derecho, la transparencia y la rendición de cuentas, no puede verse menoscabado por intentos privados de sustituirlo por un orden internacional gobernado por empresas transnacionales carentes de legitimidad democrática.⁵²

Pero para ahondar aún más, pareciera que no comprender el carácter imperativo —y no solo *erga omnes*— de al menos algunas obligaciones en materia de derechos humanos podría avalar un absurdo: ¿Sería posible reconocer el carácter *jus cogens* de la prohibición de la esclavitud pero no del derecho humano al agua? ¿Sería acaso posible entender al hombre libre pero negarle el elemento

⁵² Experto Independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, *op. cit.*, p. 5.

más elemental para su existencia? ¿En qué sentido es posible negar el imperativo categórico kantiano bajo razones procesales formales? Es necesario entonces considerar que las normas de derechos humanos, al menos aquellas que hacen referencia a su existencia biológica, deben ser entendidas como imperativas frente al conjunto de normas internacionales de menor jerarquía, y saldar así una distorsión lógica que pretende subsistir dentro del mundo jurídico.

En consecuencia, la tolerancia de un régimen —tanto en sus normas como respecto de los tribunales que actúan bajo su marco— cuyos efectos atentan contra el pleno goce de los derechos humanos y las funciones más elementales del Estado de derecho, resulta una aberración jurídica, algo sencillamente inaceptable.

3. *Fortalecimiento de la gobernabilidad democrática*

El déficit democrático entre la ciudadanía y las instituciones globales se profundiza cuando los efectos de las normas atentan contra el bienestar general. La gobernabilidad democrática puede fortalecerse si se ponderan los derechos y las obligaciones en los tratados y contratos, algo ausente en los AII. Asimismo, deben clarificarse los contenidos de las cláusulas en estos tratados entre las partes contratantes, a fin de evitar interpretaciones expansivas por parte de los árbitros. Ello también se observa en un número importante de casos dentro del CIADI y otras instituciones del ISDS.⁵³

Recientemente, en el marco del fortalecimiento de la gobernanza global, han crecido algunas observancias en materia de Responsabilidad Social Corporativa (RSC), incluyendo incipientes disposiciones dentro de acuerdos de comercio e inversión. Creemos que esto resulta conceptualmente insuficiente, pues mientras que los derechos son vinculantes para las empresas, las obligaciones en materia de RSC poseen la característica de ser no vinculantes.

También resulta preciso establecer mecanismos de verificación y seguimiento que se complementen con mecanismos de control (responsabilidad) en forma constructiva, para garantizar remedios de reparación pero también regulaciones que eviten futuros casos de daños. Se contemplaría una función resarcitoria de la responsabilidad legal, así como una función preventiva. Ello lleva a tener que reflexionar acerca de cómo establecer los marcos de responsabilidad internacional de las empresas transnacionales a fin de balancear sus derechos dados en los AII con obligaciones que resulten también exigibles legalmente.

⁵³ Eberhardt, Pía y Olivet, Cecilia, *op. cit.*

Un ejemplo en cuanto a los posibles mecanismos de verificación y seguimiento ha sido la auditoría independiente realizada en Ecuador. El trabajo de la CAITISA puede ser replicado en cualquier otro país que sufra los mismos impactos de las demandas de las empresas transnacionales. La experiencia de la CAITISA ha servido para clarificar la cantidad de tratados y las obligaciones que el Estado mantiene a nivel internacional, así como para efectuar un análisis de las cláusulas de dichos acuerdos y un balance respecto de los montos de las demandas presentadas. Ello brinda al Estado instrumentos concretos para analizar el alcance de las obligaciones de los AII, para que pueda tomar una decisión política informada respecto de ellos, e incluso en consulta con la ciudadanía. Otra iniciativa, de carácter más constante, es el Observatorio del Sur: una propuesta proveniente de movimientos sociales y ONG que también recomendó la CAITISA al Ecuador y que su gobierno ha resuelto impulsar recientemente.

Respecto del plexo normativo, en el ámbito del Consejo de Derechos Humanos de la ONU se está impulsando la creación de Códigos Vinculantes para Empresas Transnacionales y otras Empresas,⁵⁴ en el marco de su responsabilidad por violación a los derechos humanos. Esta tercera iniciativa también está siendo apoyada por organizaciones de la sociedad civil de distintos países.

Las tres tienen convergencia en el marco de balancear derechos y obligaciones de los nuevos actores impulsores de la globalización: las empresas transnacionales. Son iniciativas complementarias a las normas vigentes, que pueden fortalecer el control democrático del DEI y los mecanismos imperantes en él. Ello ha de favorecer el rol del derecho como regulador de las conductas sociales y no viceversa: que las conductas existentes sean las que moldeen el derecho a su medida, avalando de ese modo situaciones previamente existentes que resulten abusivas.

El déficit democrático del DEI no solo es un problema en sí mismo o de origen formal: debilita las democracias locales dado que aleja a la ciudadanía de los mecanismos de control sobre sus Estados y sobre otros actores que son influyentes en la toma de decisiones, como lo son las empresas transnacionales. Los casos mencionados de Vattenfall contra Alemania son un claro ejemplo de cómo las decisiones soberanas tomadas en el marco

⁵⁴ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Resolución 26/9, Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*, A/HRC/RES/26/9, 26 de junio de 2014, disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G14/064/51/PDF/G1406451.pdf?OpenElement>. Véase también la contribución de Douglas Cassel en este volumen.

de un proceso democrático de gobierno pueden verse amenazadas por el régimen del ISDS y las normas del DEI.

4. *Un marco de responsabilidad: coherencia para respetar, justicia para proteger*

En 2008 el relator especial de Naciones Unidas, John Ruggie, presentó su informe sobre un marco para las actividades de las empresas y los derechos humanos bajo los principios de “proteger-respetar-remediar”.⁵⁵ Estos tres ejes se centraron en la normativa internacional ya existente, y subrayó el deber del Estado de proteger frente a violaciones de derechos humanos, la obligación de las empresas transnacionales de respetar los derechos humanos y el diseño de vías más efectivas a los recursos procesales de reparación en casos de violación. Ello fija un marco de responsabilidad internacional tanto para los Estados como para las empresas. Sin embargo, su informe, adoptado por la Resolución 17/4 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU en 2011, no posee carácter vinculante, lo cual presenta un problema en cuanto a la exigibilidad jurídica de dicho marco.

Aunque el “Marco Ruggie” sea propio del *soft law*, las obligaciones analizadas por él surgen de normas existentes, es decir de tratados internacionales que son vinculantes, aunque solamente para los Estados. Es preciso aplicar esta base interpretativa y las normas vigentes dentro de un marco de responsabilidad amplio.

Las matrices y las filiales de las empresas transnacionales mantienen una coherencia mediante su política comercial y, eventualmente, por el marco de responsabilidad social empresarial o corporativa que la empresa haya decidido asumir. La regulación de cada una está dada por el marco normativo del Estado territorial en el que cada una actúa. Ambos Estados —el de origen y el de acogida de la inversión— se encuentran dentro del sistema normativo dado por el derecho internacional, que se ofrece como un paraguas normativo general. Todo ello conforma un marco que podríamos llamar de “coherencia normativa” que aporta (o debería aportar) al respeto de los derechos humanos, siempre que el resto de las normas sean consistentes con éstos.

Paralelamente, se hace necesario un plano de jurisdicción que permita activar esta coherencia normativa para proteger a la ciudadanía ante los

⁵⁵ Véase Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, *Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos*, Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, A/HRC/8/5, 7 de abril de 2008.

abusos tanto de los poderes públicos como de los privados. Una jurisdicción universal —es decir, la posibilidad de que pueda exigirse directamente en una corte internacional una obligación internacionalmente establecida a quienes elaboran las normas en el derecho internacional (los Estados), así como a aquellos otros entes que, siendo nacionales suyos, actúan también dentro del escenario socio-económico global (empresas e individuos)— es necesaria para permitir el enjuiciamiento de violaciones a los derechos humanos por parte de privados. El único mecanismo vigente hasta el momento es la Corte Penal Internacional, que solamente actúa bajo cuatro tipos penales bien identificados y que no incluye la violación a los derechos humanos en forma explícita.

Es posible identificar una red de relaciones entre el Estado de origen de la inversión, el Estado de acogida, las matrices y filiales de las empresas transnacionales inversoras y su relación con el derecho internacional y local. Existe una regulación de cada Estado para con sus empresas establecidas territorialmente —sea el Estado de origen para con la empresa matriz, como el Estado de acogida de la inversión para con la filial de la empresa. Entre matrices y filiales existen políticas comerciales que brindan una coherencia para el giro económico que practica dicha corporación. La responsabilidad existente entre ambas a su vez está dada por normas no vinculantes (*soft law*) y autoimpuestas —dictadas por la empresa para sí misma—, conocidas como la Responsabilidad Social Empresarial (RSE). El derecho internacional no genera obligaciones “de hacer” hacia las empresas sino hacia los Estados. Cierta doctrina y jurisprudencia internacional entiende que sí existen obligaciones en materia de derechos humanos por parte de las empresas, en cuanto a que ellas deben respetar el marco normativo existente. Pero tales obligaciones se clasifican en obligaciones de “no hacer”, mientras que las obligaciones que emanan de los instrumentos internacionales en la materia hacia los Estados, también son obligaciones “de hacer”. En tal sentido, la posibilidad de poner obligaciones legalmente exigibles a las empresas transnacionales en el ámbito internacional todavía es un campo muy acotado, por lo que entendemos que es necesario establecer claramente un plano de coherencia normativa para garantizar el respeto a los derechos humanos (“coherencia para respetar”).

Por otro lado, es difícil establecer una jurisdicción universal para hacer efectiva la estructura normativa. Cada Estado posee una jurisdicción propia sobre las empresas que actúan en su territorio y algunos Estados incluso poseen funciones extraterritoriales para llevar su jurisdicción más allá, llegando a las filiales de las empresas matrices que son nacionales suyas. Sin embargo, la jurisdicción internacional, que existe para con los Estados, es menos evidente para con las empresas transnacionales: los AII las habilitan para demandar (legitimidad procesal activa) pero en muy raras excepciones son

demandadas (legitimación procesal pasiva), lo que resulta muy a la medida de los intereses privados, que internacionalmente pueden reclamar pero no ser objeto de reclamos, lo que lograría un segundo plano que habría de sumarse al anterior (“coherencia para respetar” más “justicia para proteger”).

V. CONCLUSIÓN

El reconocimiento del imperativo categórico kantiano⁵⁶ en tanto valor hermenéutico que sirva para interpretar el derecho internacional es algo que debe considerarse al momento de analizar el impacto del DEI sobre la gobernabilidad democrática y los derechos humanos. Un sistema internacional democrático y equitativo no puede verse escindido de los derechos humanos en tanto principios hermenéuticos del derecho y no solo como normas jurídicas formales.

Se evidencia un impacto negativo del DEI que habita en los AII, producto de los abusos que empresas transnacionales, bufetes de abogados y árbitros han realizado en la interpretación y aplicación de cláusulas, así como en la concentración de la toma de decisiones que contrarían los principios de transparencia y de rendición de cuentas. Asimismo, los AII son negociados en forma secreta, lo que profundiza el déficit democrático entre cierta institucionalidad global y la ciudadanía.

Este impacto negativo radica en la afectación de los recursos y del interés público. El congelamiento de la capacidad reguladora del Estado resulta, en muchos casos, violatoria de otras normas, incluyendo normas de derechos humanos que son, cuanto menos, de carácter prioritario frente a su cumplimiento respecto de normas dispositivas tales como los tratados comerciales o de inversión. Asimismo, se priorizan los intereses privados de las empresas reclamantes dentro del ISDS frente al interés público de la comunidad, colocando así los derechos de uno por encima de los derechos de todos.

El pleno goce de los derechos humanos se ve amenazado por decisiones cada vez más frecuentes en el marco de estos acuerdos. Con ello no sólo el Estado corre el riesgo de perder sus capacidades básicas de regulación, sino que son las bases mismas del Estado de derecho las que tambalean, poniendo en peligro la gobernabilidad democrática.

⁵⁶ Kant, en su *Crítica de la Razón Práctica*, estableció lo que llamó el *imperativo categórico* como regla universal de la moralidad. El imperativo categórico kantiano fue formulado en cuatro postulados que resumen todos los mandatos morales. El segundo de dichos postulados dice: “*Obra como si la máxima de tu acción debiera tornarse, por tu voluntad, ley universal de la naturaleza*” y es quizás el que mejor puede referirse a los objetivos de nuestro trabajo.

A su vez, el alejamiento de las instituciones y actores globales del control ciudadano —algo comúnmente identificado como “déficit democrático”— no solo es un problema en sí mismo, sino que debilita también las democracias locales, dado que aleja a la ciudadanía de los mecanismos de control sobre sus Estados y sobre otros actores en el DEI que son influyentes en la toma de decisiones, como lo son las empresas transnacionales. Mecanismos formalmente “participativos” no resuelven este problema: la rendición de cuentas y los mecanismos de control son también necesarios para empoderar a la ciudadanía y fortalecer a los gobiernos democráticos evitando el advenimiento de una “plutocracia global”.

La revisión de las normas del DEI en cuanto a una adecuación a las normas del orden público internacional es entonces algo necesario para la preservación de un orden internacional democrático y equitativo. En términos regionales, lo mismo puede hacerse respecto del DEI en cuanto a su adecuación al ICCAL y evitar contradecir u obstaculizar la efectividad de un *ius constitutionale commune* en América Latina y el Caribe basado en el respeto a los derechos humanos, al Estado de derecho y a la democracia, entendiendo al derecho no solamente como un instrumento de poder, sino también de capacidad emancipadora, con instituciones fuertes y legítimas, pero también reflejado en una vocación universalista que trascienda la figura del Estado-nación.⁵⁷ Para ello el diálogo judicial entre tribunales de los distintos países puede ser fructífero en pos de lograr mayor cohesión de esta institucionalidad democrática regional, pero también resulta de importancia para este *ius constitutionale commune* la inclusión social, una progresividad de derechos y el pluralismo jurídico que deje atrás las conceptualizaciones rígidas —tanto dualistas como monistas— del sistema jurídico.⁵⁸ Ello puede además complementarse con una amplia gama de propuestas, muchas de ellas en actividad, para que prevalezca el mejor y verdadero espíritu del orden internacional de la posguerra, considerando a los derechos humanos no solamente como un ordenamiento positivo en tanto conjunto de reglas que respetar, sino en su mayor y mejor espíritu humanístico: como base de convivencia para la comunidad internacional, y así llevar a la humanidad hacia el cumplimiento de sus necesidades más básicas y hacia la realización de sus ideales más altos.

⁵⁷ von Bogdandy, Armin, “Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una aclaración conceptual”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (eds.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pp. 8-13.

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 15-18.

EL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES Y LOS INTERESES COMUNITARIOS

Stephan W. SCHILL
Vladislav DJANIC*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La Promoción de los Intereses Comunitarios a través del DII*. III. *Reconciliando la Protección de las Inversiones con los Intereses Comunitarios Opuestos*. IV. *El DII y los Intereses Comunitarios: Asuntos Pendientes*.

I. INTRODUCCIÓN

Bruno Simma definió ilustremente los intereses comunitarios como aquellos intereses amparados por “un consenso según el cual el respeto por ciertos valores fundamentales no se debe dejar a la libre disposición de los Estados, individualmente o *inter se*, sino que, al ser un asunto de interés para todos los

* Stephan W. Schill (Dr. iur. (Frankfurt am Main); LLM (NYU); LLM (Augsburg)) es Profesor de Derecho y Gobernanza Internacional y Económica en la Universidad de Ámsterdam e Investigador Principal de un *Starting Grant* concedido por el Consejo Europeo de Investigación (European Research Council – ERC) sobre el tema *Private-Public Arbitration as Transnational Regulatory Governance: Charting and Codifying the Lex Mercatoria Publica* (Acuerdo de Subvención Núm. 313355). Es miembro de la Lista de Conciliadores (*List of Conciliators*) del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y colegiado como *Rechtsanwalt* en Alemania y como *Attorney-at-Law* en Nueva York. Vladislav Djanic (LLM (LSE); LLM (Novi Sad); LLB (Novi Sad)) es investigador doctoral en la Universidad de Ámsterdam y miembro del Colegio de Abogados de Serbia.

La investigación en la que se basa esta contribución ha recibido financiación del ERC bajo el Acuerdo de Subvención del ERC Núm. 313355, como parte del mencionado proyecto de investigación desarrollada en la Universidad de Ámsterdam. El presente capítulo se basa en la siguiente publicación en inglés: Schill, Stephan W. y Djanic, Vladislav, “International Investment Law and Community Interests”, en Benvenisti, Eyal y Nolte, Georg (eds.), *Community Interests Across International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 221. Traducción del inglés por Lucas Sánchez de Miquel.

Estados, se reconoce y aprueba a través del derecho internacional”.¹ Esta definición comprende un conjunto básico de intereses públicos que deberían ser protegidos por el derecho internacional frente a cualquier injerencia por parte de los Estados, ya sea de forma individual o conjunta. Abarca no solo los intereses fundamentales de la sociedad, protegidos en forma de *ius cogens*, sino todos los intereses “que respondan a las necesidades, esperanzas y miedos de todos los seres humanos, y que intenten lidiar con problemas cuya solución puede ser decisiva para la supervivencia de toda la humanidad”.² Esta definición, aunque quizás excesivamente centrada en la idea de que existe una obligación real de los Estados de proteger los intereses afectados, proporciona un punto de partida útil para evaluar la posición que toma el Derecho Internacional de las Inversiones (DII) en relación al concepto de intereses comunitarios.

En el discurso contemporáneo, el DII y la solución de controversias inversor-Estado (ISDS por sus siglas en inglés *Investor-State Dispute Settlement*) son percibidos a menudo como un obstáculo, o conflictivos con intereses comunitarios tales como la protección del medio ambiente,³ los derechos humanos, el derecho a la salud,⁴ el patrimonio cultural⁵ o los derechos de los pueblos indígenas.⁶ Un ejemplo concreto, y muy debatido, sobre las tensiones que el DII genera para la habilidad de los Estados de regular en favor de la protección de dichos intereses comunitarios son los casos que *Philip Morris* inició contra Australia y Uruguay por las medidas tomadas por estos

¹ Simma, Bruno, “From Bilateralism to Community Interest in International Law”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, vol. 250, 1994, p. 233 (“a consensus according to which respect for certain fundamental values is not to be left to the free disposition of states individually or *inter se*, but is recognized and sanctioned by international law as a matter of concern to all states”).

² *Ibidem*, p. 244 (“that correspond to the needs, hopes and fears of all human beings, and attempt to cope with problems the solution of which may be decisive for the survival of entire humankind”).

³ Tienhaara, Kyla, *The Expropriation of Environmental Governance: Protecting Foreign Investors at the Expense of Public Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009. Véase también Viñuales, Jorge E., “The Environmental Regulation of Foreign Investment Schemes Under International Law”, en Dupuy, Pierre-Marie y Viñuales, Jorge E. (eds.), *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection: Incentives and Safeguards*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 273.

⁴ Véase las contribuciones en Dupuy, Pierre-Marie, Francioni, Francesco y Petersmann, Ernst-Ulrich (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

⁵ Véase Vadi, Valentina, *Cultural Heritage in International Investment Law and Arbitration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

⁶ Véase por ejemplo Vadi, Valentina, “When Cultures Collide: Foreign Direct Investment, Natural Resources, and Indigenous Heritage in International Investment Law”, *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 42, núm. 3, 2011, p. 797.

países para prevenir los riesgos para la salud relacionados con el consumo de tabaco. En el caso de Australia, se utilizó la ISDS para impugnar la Ley de empaquetado genérico del tabaco (*Tobacco Plain Packaging Act*), que introdujo un requisito de embalaje obligatorio que solo permitía que apareciera en los paquetes de tabaco el nombre de la empresa o marca (con un formato estrictamente especificado), en violación del Tratado Bilateral de Inversiones (TBI) entre Australia y Hong Kong.⁷ En el caso de Uruguay, se aprobó una legislación que prohibía la venta y comercialización de más de una variante de cigarrillos de la misma marca y que imponía el uso de imágenes gráficas ilustrando los efectos negativos del tabaco para la salud, cubriendo un 80% de la superficie del paquete. La empresa consideró esto como una privación de sus derechos a la propiedad intelectual, e inició un procedimiento de arbitraje en virtud del TBI entre Uruguay y Suiza.⁸ Otro caso emblemático es la reclamación de *Vattenfall* de que Alemania violó el Tratado sobre la Carta de la Energía (*Energy Charter Treaty*) cuando decidió eliminar gradualmente la energía nuclear después del incidente de Fukushima.⁹

Dado que en el pasado los tribunales de inversiones no siempre han respondido a los asuntos delicados de interés público con la sensibilidad requerida,¹⁰ casos como estos han conducido a críticas considerables (ocasionalmente incluso indignación) por parte de la academia,¹¹ la sociedad civil¹² y el público en general.¹³ Los críticos han considerado al DII como un

⁷ *Philip Morris Asia Limited v. Australia*, UNCITRAL, Caso CPA Núm. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility, 17 de diciembre de 2015. El tribunal declinó su competencia sobre el caso.

⁸ *Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products SA and Abal Hermanos SA v. República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI Núm. ARB/10/7, Award, 8 julio de 2016. Todas las demandas de *Philip Morris* fueron rechazadas por el tribunal.

⁹ *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, Caso CIADI Núm. ARB/12/12, registrado el 31 de mayo de 2012.

¹⁰ Véase Van Harten, Gus, *Sovereign Choices and Sovereign Constraints: Judicial Restraint in Investment Treaty Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

¹¹ Véase, por ejemplo, Van Harten, Gus, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007; Schneiderman, David, *Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules and Democracy's Promise*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008; Sornarajah, M., *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

¹² Eberhardt, Pia *et al.*, *Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers Are Fuelling an Investment Arbitration Boom*, 2012, disponible en: <https://www.tni.org/files/download/profitfrominjustice.pdf>; Mc Donagh, Thomas, *Unfair, Unsustainable, and Under the Radar: How Corporations Use Global Investment Rules to Undermine a Sustainable Future*, 2013, disponible en: http://democracyctr.org/dc_old/wp-content/uploads/2013/05/Under_The_Radar_English_Final.pdf.

¹³ Véase por ejemplo Monbiot, George, "This Transatlantic Trade Deal Is a Full-Frontal Assault on Democracy", *The Guardian*, 4 de noviembre de 2013, disponible en: <http://www>.

ámbito del derecho que primeramente se preocupa por proteger los intereses de un subgrupo de actores relativamente reducido —concretamente los inversores extranjeros— a expensas del derecho de los gobiernos a regular para proteger los intereses comunitarios. Además, el uso del arbitraje, un modo de solución de controversias utilizado predominantemente en relaciones comerciales internacionales, para resolver los conflictos derivados de los Acuerdos Internacionales de Inversiones (AII) es criticado por tener una parcialidad proinversor que altera el equilibrio entre los derechos privados y los intereses públicos en detrimento de la población.¹⁴ En consecuencia, las tensiones entre el DII y los intereses comunitarios no económicos han suscitado demandas en favor de una reforma, incluyendo la substitución del arbitraje inversor-Estado por una corte internacional de arbitraje permanente o el desmantelamiento completo del sistema presente para volver a los tribunales domésticos y la protección diplomática.¹⁵

Sin duda, una reforma es necesaria para una mejor armonización del DII con los principios fundamentales de democracia, Estado de derecho y derechos humanos.¹⁶ De hecho, el proceso continuo para recalibrar los AII a través de la inclusión de normas de protección más precisas, cláusulas de excepción y salvaguardias para proteger el derecho a regular de los Estados

theguardian.com/commentisfree/2013/nov/04/us-trade-deal-full-frontal-assault-on-democracy. Una protesta organizada contra la Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión (ATCI o TTIP, por sus siglas en inglés *Transatlantic Trade and Investment Partnership*) en Berlín contó con la participación de cientos de miles de personas. Véase “Hundreds of Thousands Protest in Berlin Against EU-US Trade Deal”, *Reuters*, 10 de octubre de 2015, disponible en: <http://www.reuters.com/article/us-trade-germany-ttip-protests-idUSKCN0S40L720151010>.

¹⁴ Un argumento fundamental en este contexto es que los árbitros tienen un incentivo económico para decidir casos en favor de los inversores, ya que únicamente ello aumentará el número de casos y su propio nombramiento como árbitros en el futuro. Véase Van Harten, Gus, *Investment Treaty Arbitration...*, *cit.*, pp. 172-173; Van Harten, Gus, “Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication: An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration”, *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 50, núm. 1, 2012, p. 211; Eberhardt, Pia *et al.*, *op. cit.*, p. 48.

¹⁵ Véase las contribuciones en Kalicki, Jean E. y Joubin-Bret, Anna (eds.), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century*, Leiden, Brill, 2015; y en Lalani, Shaheer y Polanco Lazo, Rodrigo (eds.), *The Role of the State in Investor-State Arbitration*, Leiden, Brill, 2015. Para la propuesta de la Comisión Europea de establecer un “sistema de corte de inversiones”, véase Comisión Europea, *EU Finalises Proposal for Investment Protection and Court System for TTIP*, comunicado de prensa, 12 de noviembre de 2015, disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6059_en.htm.

¹⁶ Véase Schill, Stephan W., “Reforming Investor-State Dispute Settlement: A (Comparative and International) Constitutional Law Framework”, *Journal of International Economic Law*, vol. 20, núm. 3, 2017, p. 649.

anfitriones,¹⁷ así como para hacer que el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) sea más transparente y abierto a la participación de terceras partes, puede ser visto como una manera de integrar mejor los intereses comunitarios no económicos. Sin embargo, analizar los debates sobre la reforma del DII no es el objetivo del presente capítulo, ni reanudar las críticas al DII que han sido descritas con precisión en otras publicaciones.¹⁸ Reconocemos que existen fricciones entre los intereses protegidos por el DII y las preocupaciones comunitarias enfrentadas y apoyamos una adaptación incremental del DII a las demandas del siglo XXI. Al mismo tiempo, consideramos que una gran parte de las críticas expresadas son demasiado indiscriminadas, al describir al DII únicamente como un obstáculo para la implementación de los intereses comunitarios, y en ocasiones tan parciales como algunas defensas poco críticas del sistema actual.

Por lo tanto, sin ser apologeticos del sistema actual, el objetivo de este capítulo es explorar hasta qué punto el DII puede ser concebido como un instrumento que por sí mismo busca promover ciertos intereses comunitarios, principalmente económicos. Y que también posee las herramientas para abordar, mitigar y resolver algunas de las fricciones que el sistema genera al competir con intereses comunitarios no económicos. En consecuencia, el DII y los intereses comunitarios no son inherente y necesariamente antagónicos, como es sugerido por gran parte del debate crítico actual, sino que se puede considerar que se encuentran en una relación constructiva y de apoyo mutuo, bajo la condición de que el DII sea interpretado y aplicado de manera apropiada.

En ese contexto, la parte II de este capítulo abordará las contribuciones que el DII puede hacer para promover los intereses comunitarios a través del establecimiento de disciplinas cuasi-multilaterales que sometan las relaciones inversor-Estado al concepto de “Estado de derecho” en la gobernanza económica global, contribuyendo de esta manera al crecimiento económico y al desarrollo sostenible. Desde esta perspectiva, el DII apropiadamente interpretado y aplicado promueve los intereses comunitarios. La parte III se centra en los conflictos que crea el DII con los intereses no económicos opuestos, y demuestra que algunas herramientas (sin duda imperfectas), tanto de contenido como de procedimiento, están disponibles para mitigar

¹⁷ Véase Tiit, Aikaterina, *The Right to Regulate in International Investment Law*, Baden-Baden, Nomos, 2014, pp. 123-189.

¹⁸ Para un resumen de las críticas, además de la literatura citada en las notas 10-14, también véase United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *World Investment Report 2015 – Reforming International Investment Governance*, Naciones Unidas, 2015, p. 147, disponible en: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf.

las tensiones resultantes. La parte IV concluye analizando los ámbitos en los que los intereses comunitarios sugieren la necesidad de mayores cambios en el DII, así como su reorientación conceptual.

II. LA PROMOCIÓN DE LOS INTERESES COMUNITARIOS A TRAVÉS DEL DII

Aparentemente, el DII tiene un objetivo relativamente limitado: proteger las inversiones extranjeras de ciertas interferencias de los gobiernos y proporcionar acceso a los inversores extranjeros a un mecanismo internacional de solución de controversias para aplicar las normas de tratamiento garantizadas en virtud de los AII. La protección ofrecida por los AII, a su vez, se dirige a promover las inversiones extranjeras y es una reacción a la extendida percepción de que el riesgo político, particularmente en países en vías de desarrollo y en transición, es un factor importante que disminuye la efectividad de la inversión o incluso la impide completamente.¹⁹ Sin embargo, tanto la protección como la promoción de las inversiones extranjeras no son ofrecidas principalmente para el beneficio privado de aquellos inversores extranjeros que se benefician de la protección en cuestión. Por el contrario, son instauradas en respuesta al interés público de los Estados en aumentar los flujos de inversiones extranjeras y aprovecharse así de los beneficios que estas pueden traer, como la transferencia de tecnología, la creación de empleo e ingresos tributarios, y el aumento de la competitividad económica.²⁰ Estas cuestiones constituyen un interés comunitario que es compartido por todos los Estados que participan en el sistema del DII.

Al estar dirigido a lograr estos objetivos económicos, se puede considerar que el funcionamiento del DII contribuye a fomentar diversos intereses comunitarios. Primero, el DII contribuye al establecimiento de un marco para gobernar las relaciones internacionales de inversiones en una economía cada vez más global. Segundo, el mecanismo de aplicación del DII y los esfuerzos de los Estados por atenerse a las obligaciones contenidas en los AII contribuyen a fortalecer el Estado de derecho, tanto a nivel internacional como doméstico. Tercero, la imposición de disciplinas a la conducta de los gobiernos sirve como medio para crear los requisitos institucionales

¹⁹ Véase Schill, Stephan W., *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 3-6 (con más referencias a la literatura económica relevante).

²⁰ *Ibidem*, pp. 108-111.

necesarios para el crecimiento económico. Finalmente, los beneficios económicos propiciados por el DII, a su vez, actúan como catalizador para crear la base presupuestaria para que los Estados implementen otros intereses comunitarios, incluyendo aquellos relacionados con el desarrollo sostenible. Las siguientes secciones abordarán cada uno de estos aspectos.

1. *La contribución del DII a la gobernanza de la economía global*

Hay un interés ampliamente compartido por todos los Estados en tener un sistema económico global estable y eficaz, que favorezca el crecimiento económico y el desarrollo.²¹ Las inversiones internacionales son una parte integral de esta economía global, y conllevan beneficios para otros componentes clave del sistema económico global, como el comercio internacional.²² El DII ayuda a estabilizar los flujos de inversiones internacionales, proporcionando un marco jurídico y estructuras de gobernanza para las relaciones internacionales de inversiones en la economía global.²³ Esto puede ser entendido como una promoción de los intereses comunitarios —siempre que se pueda considerar que el DII sirve, en principio, al interés de todos los Estados. Por lo tanto, la pregunta en este contexto es si se puede entender el DII como una expresión del interés de todos los Estados, o si es meramente un producto del inmenso poder de negociación de los Estados exportadores de capital.

De hecho, desde una perspectiva puramente formal, el DII parece estar más arraigado en el bilateralismo, y conducido por el interés propio de un pequeño grupo de Estados exportadores de capital, y no en dar lugar a un sistema que exprese las preferencias de todos los Estados. Es más, los Estados exportadores de capital inicialmente hicieron uso de negociaciones bilaterales con países en vías de desarrollo para acordar con ellos normas

²¹ Stiglitz, Joseph E., “Global Public Goods and Global Finance: Does Global Governance Ensure That the Global Public Interest Is Served?”, en Touffut, Jean-Philippe (ed.), *Advancing Public Goods*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2006, p. 152; Benzing, Markus, “Community Interests in the Procedure of International Courts and Tribunals”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 5, núm. 3, 2006, p. 387.

²² Las inversiones extranjeras directas a menudo superan a los ingresos por exportaciones y son consideradas un importante estímulo para los flujos comerciales. Véase UNCTAD, *World Investment Report 2013 – Global Value Chains: Investment and Trade for Development*, Naciones Unidas, 2013, p. 134, disponible en: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2013_en.pdf.

²³ Véase Schill, Stephan W., “Crafting the International Economic Order: The Public Function of Investment Treaty Arbitration and Its Significance for the Role of the Arbitrator”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 23, núm. 2, 2010, pp. 409 y 410; Choudhury, Barnali, “International Investment Law as a Global Public Good”, *Lewis and Clark Law Review*, vol. 17, núm. 2, 2013, p. 484.

que estos últimos han rechazado aceptar en contextos multilaterales durante un largo tiempo.²⁴ En consecuencia, con más de 3000 AII individualmente negociados, que son la piedra angular del sistema, y con un mecanismo de solución de controversias conducido por las partes, intuitivamente se concibe al DII como un sistema de dominación hegemónica en el cual los Estados poderosos se benefician en detrimento de los más débiles.²⁵ Aun así, hay buenas razones para considerar al DII como un sistema que funciona de acuerdo a fundamentos multilaterales (más que bilaterales) y que impone límites a la conducta de los gobiernos, las cuales son más bien independientes de las relaciones bilaterales en cuestión. Esta uniformidad sugiere un interés de todos los Estados en la creación de normas convergentes que gobiernen las relaciones inversor-Estado en la economía global, más que en estructurar las relaciones internacionales de inversiones basándose en negociaciones bilaterales *quid pro quo*.²⁶

Pese al repetido fracaso de los intentos dirigidos a concluir tratados multilaterales exhaustivos, como los de la Organización Internacional de Comercio a finales de los años cuarenta, los de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) a finales de los años sesenta y de nuevo en los noventa, así como los de la Organización Mundial del Comercio (OMC) en los noventa,²⁷ la mayoría de AII, a causa de los tratados modelo de algunos países exportadores de capital, están contruidos de manera similar a nivel de principios jurídicos, y ofrecen tipos similares de protección a los inversores extranjeros, tanto en cuanto al contenido como al procedimiento. Estos incluyen la prohibición de expropiar sin compensación, el trato nacional y el trato de nación más favorecida (NMF), el trato justo y equitativo, y disposiciones integrales de protección y seguridad para la transferencia de capital y el recurso a la ISDS. Contrariamente a lo que se esperarí en marcos bilaterales, los AII no difieren sustancialmente a nivel

²⁴ Con esta perspectiva, véase Guzman, Andrew T., "Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties", *Virginia Journal of International Law*, vol. 38, núm. 4, 1998, p. 639, y Benvenisti, Eyal y Downs, George W., "The Empire's New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law", *Stanford Law Review*, vol. 60, núm. 2, 2007, pp. 616 y 617.

²⁵ En este sentido, véase Sornarajah, M., *op. cit.*, pp. 56 y 57, y Miles, Kate, *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 69 y 70.

²⁶ Para una visión general sobre cómo el sistema de DII puede ser considerado como un marco multilateral más que bilateral, véase Schill, Stephan W., *The Multilateralization of International...*, *cit.*

²⁷ En relación con los fracasos de las iniciativas multilaterales, véase *ibidem*, pp. 31-40 y 49-60.

de principios jurídicos, sino que aplican disciplinas relativamente uniformes sobre la conducta de los gobiernos que afecte a los inversores extranjeros, de manera similar a como lo haría un régimen internacional acordado en un marco multilateral.

La convergencia en las disciplinas que los AII imponen sobre la conducta de los gobiernos también es promovida por el funcionamiento de las cláusulas de NMF, que multilateralizan los beneficios ofrecidos por países anfitriones en relaciones bilaterales,²⁸ así como por la posibilidad para los inversores extranjeros de estructurar sus inversiones bajo un tratado diferente con el Estado anfitrión.²⁹ Todo ello equilibra las diferencias en el trato de los inversores extranjeros basadas en la nacionalidad, y dificulta entender a los AII como negociaciones bilaterales *quid pro quo* entre países individuales. Finalmente, el sistema de ISDS, a través de su grupo principal de árbitros, interpreta y aplica los AII como parte de un marco general que trasciende la estructura bilateral de los mismos, *inter alia* haciendo uso de la interpretación transversal de los tratados (*cross-treaty interpretation*) y basándose en gran medida en los precedentes arbitrales.³⁰ En consecuencia, aunque los instrumentos fundamentales del DII son bilaterales en cuanto a la forma, si se observan en conjunto tienen las características de un régimen multilateral que protege a los inversores extranjeros bajo términos prácticamente idénticos, independiente de dónde vengan o en dónde inviertan. Considerando, por un lado, el aumento de los flujos de inversiones hacia países desarrollados y, por otro lado, que los países en vías de desarrollo se vuelven importantes exportadores de capital, este marco multilateral también comienza a operar como una limitación a la conducta del gobierno a escala global, no solo en determinados países importadores de capital.

Considerando estas estructuras multilaterales que subyacen, o más bien dominan, a los AII individuales, resulta claro que el DII hace una contribución considerable a la gobernanza de un aspecto importante de la economía global.³¹ El DII consagra las normas para la promoción y protección de las inversiones, estableciendo un régimen jurídico que regula cómo los gobiernos deben manejar el flujo de inversiones extranjeras de un país a otro y cómo deben tratar a los inversores extranjeros que se encuentran sometidos a su jurisdicción. Regula el ejercicio de autoridad pública en relación con los inversores extranjeros restringiendo las conductas guber-

²⁸ *Ibidem*, pp. 121-196.

²⁹ *Ibidem*, pp. 197-240.

³⁰ *Ibidem*, pp. 278-361. Véase, asimismo, Puig, Sergio, "Social Capital in the Arbitration Market", *European Journal of International Law*, vol. 25, núm. 2, 2014, p. 387.

³¹ Schill, Stephan W., "Crafting the International Economic...", *cit.*, pp. 413-418.

namentales arbitrarias o de otra manera ilegítimas que les afecten, y tiene como objetivo asegurar un trato igualitario para los inversores extranjeros como precondition para la competencia en el mercado, tanto dentro de una economía política particular como más allá de esta.

De esta manera, el DII no solo participa en la construcción de un marco jurídico general que gobierne las inversiones extranjeras, sino que también forma parte de un régimen jurídico más amplio que contribuye a la regulación y estabilidad de la economía global, y le proporciona las normas fundamentales que se requieren para que una economía de mercado funcione a nivel global. La convergencia en la estructura de los AII, entonces, no es casual, sino que es el resultado del interés compartido por los Estados en tener un sistema cuasi-multilateral, en lugar de fragmentado, que proteja las inversiones extranjeras en una economía cada vez más globalizada, y que forme parte de una infraestructura jurídica que conduzca a un intercambio económico eficiente en las relaciones internacionales de inversiones.

2. *La Contribución del DII al Concepto de Estado de derecho*

Además de establecer un marco jurídico para gobernar las relaciones internacionales de inversiones como parte de la economía global, el DII también contribuye a la promoción de los intereses comunitarios reforzando la idea de Estado de derecho de forma más general. A través de la ISDS como mecanismo de ejecución, el DII crea un marco que asegura que los Estados anfitriones cumplen con las obligaciones contraídas frente a los inversores extranjeros. Esto incluye no solo el cumplimiento de las obligaciones contenidas en los propios AII, sino que puede incorporar también las obligaciones que se desprenden de otros regímenes jurídicos internacionales (tales como el derecho ambiental internacional, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional del comercio), o del derecho interno. Esto es posible debido a que la observancia de ciertas normas de trato en los AII, como la llamada cláusula paraguas (*umbrella clause*) o la obligación de tratar a los inversores extranjeros de manera justa y equitativa, puede requerir a un Estado que respete sus obligaciones tanto a nivel internacional³²

³² Véase por ejemplo Alford, Roger P., “The Convergence of International Trade and Investment Arbitration”, *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 12, núm. 1, 2014, pp. 55-60 (sobre la posibilidad de ejecutar las obligaciones bajo los acuerdos de comercio internacional a través del arbitraje de inversiones).

como interno.³³ De hecho, los inversores recurren cada vez más a menudo a la ISDS para la ejecución de este tipo de obligaciones asumidas por el Estado anfitrión.³⁴ En este sentido, el DII ofrece un poderoso mecanismo de cumplimiento que hace que diversas obligaciones de los Estados anfitriones sean más efectivas y contribuye de esta manera a fomentar el Estado de derecho, incluso más allá de la esfera limitada de las disciplinas del tratado de inversiones en sentido estricto.

Como efecto adicional a su papel como mecanismo de cumplimiento, el DII también puede tener un efecto positivo sobre la reforma de la legislación interna, especialmente en países con instituciones domésticas más débiles. Para muchos países en vías de desarrollo, cumplir con las normas sustantivas de trato fijadas en los AII a menudo requiere reformas estructurales a largo plazo en el sistema jurídico interno. Dichas reformas probablemente tengan un efecto positivo y duradero sobre el fortalecimiento del Estado de derecho en los países anfitriones. Sin embargo, un impacto positivo del DII relativo a una reforma legislativa interna también puede beneficiar a los países con sistemas jurídicos bien desarrollados, que pueden necesitar superar obstáculos internos y adaptar sus estructuras de gobernanza a las necesidades de mercados cada vez más globales y a las disciplinas jurídicas internacionales que los acompañan.³⁵ Este aspecto se refleja más abiertamente en las nuevas generaciones de AII, que van más allá de la regulación de asuntos que afectan estrictamente a las inversiones extranjeras y han evolucionado hasta convertirse en acuerdos que contienen una agenda más amplia de buena gobernanza. Por ejemplo, varios AII nuevos, así como

³³ Véase por ejemplo Gritón Salias, Maria Cristina, “Do Umbrella Clauses Apply to Unilateral Undertakings?”, en Binder, Christina *et al.* (eds.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 490; sobre la ejecución de obligaciones bajo el derecho interno a través de las llamadas “cláusulas paraguas” (*umbrella clauses*).

³⁴ Véase, por ejemplo, *Peter A Allard v. The Government of Barbados*, UNCITRAL, Caso CPA Núm. 2012-06, Award, 27 de junio de 2016; *Philip Morris v. Australia*, *op. cit.*, párrs. 207 y 261-262; *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware, Inc v. The Government of Canada*, UNCITRAL, Caso CPA Núm. 2009-04, Award on Jurisdiction and Liability, 17 de marzo de 2015, párrs. 591-604; *Hesham TM Al Warraq v Republic of Indonesia*, UNCITRAL, Final Award, 15 de diciembre de 2014, s VI.5.(ii).

³⁵ La necesidad para los países desarrollados de adaptar las normas internacionales a raíz de la globalización puede ser vista en el contexto de cualquier otra área de integración económica internacional, ya sea en la Organización Mundial del Comercio (OMC), en la Unión Europea (UE) o en virtud del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), por ejemplo. También puede ser visto cuando las economías desarrolladas necesitan adaptarse a las normas internacionales de derechos humanos, como aquellas en virtud del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, o cualquier otro instrumento de derecho internacional.

los llamados acuerdos mega-regionales,³⁶ contienen disposiciones dirigidas específicamente a la implementación de normas internacionales para la lucha contra la corrupción o para el fomento de la responsabilidad social corporativa.³⁷ De forma similar, cada vez más a menudo los actores políticos (*policy-makers*) defienden los AII invocando precisamente el efecto que estos tratados tienen en la promoción del Estado de derecho.³⁸

Finalmente, la promoción de las inversiones extranjeras también puede contribuir a reforzar el marco jurídico y social interno de otras maneras más palpables, por ejemplo, a través de su impacto positivo sobre las condiciones de trabajo y el cumplimiento de la normativa laboral. Contrariamente a la opinión popular, los inversores extranjeros que producen bienes para sus respectivos mercados locales a menudo proporcionan mejores condiciones laborales que las compañías nacionales, y prestan mayor atención al cumplimiento de la normativa nacional laboral, aunque el cumplimiento por parte de sus competidores locales es escaso. Las razones de ello son que, por un lado, es una precondition necesaria para tener éxito económico con los consumidores con conciencia social en sus respectivos mercados internos,³⁹ y por el otro, que los regímenes de responsabilidad social corporativa, incluyendo (pero no limitándose a) las Líneas Directrices de la OCDE para

³⁶ Véase por ejemplo el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP, por sus siglas en inglés *Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership*) (firmado el 8 de marzo de 2018, disponible en: <https://tinyurl.com/8adj7uk>), que integra el artículo 9.17 del Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica/Tratado de Asociación Transpacífico (TPP, por sus siglas en inglés *Trans-Pacific Partnership*), el cual alienta a los Estados a observar ciertos estándares de responsabilidad social corporativa.

³⁷ Gordon, Kathryn *et al.*, *Investment Treaty Law, Sustainable Development and Responsible Business Conduct: A Fact Finding Survey*, OECD Working Papers on International Investment 2014/01, 2014, pp. 16 y 17, disponible en: http://www.oecd.org/investment/investment-policy/WP-2014_01.pdf; Cordonier Segger, Marie-Claire y Newcombe, Andrew, “An Integrated Agenda for Sustainable Development in International Investment Law”, en Cordonier Segger, Marie-Claire *et al.* (eds.), *Sustainable Development in World Investment Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2011, pp. 139-141.

³⁸ Véase, por ejemplo, la caracterización de la ISDS en relación con el TPP por la Oficina del Representante de Comercio de los Estados Unidos como un mecanismo que promueve “el Estado de derecho y la buena gobernanza alrededor del mundo” (“*the rule of law, and good governance around the world*”). Véase Oficina del Representante de Comercio de los Estados Unidos, *The Trans-Pacific Partnership: Upgrading and Improving Investor-State Dispute Settlement*, disponible en: <https://ustr.gov/sites/default/files/TPP-Upgrading-and-Improving-Investor-State-Dispute-Settlement-Fact-Sheet.pdf>.

³⁹ Halegua, Aaron, “The Debate Over Raising Chinese Labor Standards Goes International”, *Harvard Law Policy Review* 1 (edición online, 5 de abril de 2007), disponible en: <http://harvardlpr.com/online-articles/the-debate-over-raising-chinese-labor-standards-goes-international/>.

Empresas Multinacionales, progresivamente así lo requieren.⁴⁰ Los inversores extranjeros pueden por lo tanto imponer políticas de responsabilidad social corporativa sobre sus subcontratistas locales,⁴¹ produciendo efectos indirectos en el Estado anfitrión. Contar con un régimen como el DII y un mayor flujo de inversiones extranjeras puede de esta manera contribuir de múltiples formas a mejorar el entorno jurídico y social interno.

3. *El DII y los Beneficios Económicos Nacionales*

Una de las expectativas prioritarias al establecer el sistema de DII fue que su creación trajese consigo beneficios económicos para los países participantes a través del aumento de las inversiones extranjeras. Sin embargo, la justificación para las restricciones que impone el DII sobre los Estados anfitriones no recae tanto en la correlación directa de los AII con la atracción de un mayor flujo de inversiones extranjeras —de hecho, hay una evidencia empírica altamente contradictoria sobre si los AII tienen tal impacto directo.⁴² La conexión entre las disciplinas del DII y el impacto económico positivo sobre los Estados anfitriones es más bien indirecta. Se fundamenta en el papel que tiene el DII, tal como ha sido expuesto en las dos últimas secciones, en el establecimiento de un sistema de disciplinas legales que encarna la idea del Estado de derecho y el objetivo de la buena gobernanza. De hecho, un prerrequisito clave para atraer inversiones y contribuir al crecimiento económico se encuentra en la reducción del riesgo político asociado con inversiones en países extranjeros.⁴³ Si bien hay un riesgo a la hora de hacer inversiones en cualquier

⁴⁰ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, 2011, pp. 35-37, disponible en: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>.

⁴¹ Frenkel, Stephen J. y Kim, Seongsu, “Corporate Codes of Labour Practice and Employment Relations in Sports Shoe Contractor Factories in South Korea”, *Asia Pacific Journal of Human Resources*, vol. 42, núm. 1, 2004, pp. 8-10; Arnal, Elena y Hijzen, Alexander, *The Impact of Foreign Direct Investment on Wages and Working Conditions*, OECD Social, Employment and Migration Working Papers No 68, 2008, pp. 21 y 22, disponible en: https://www.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/the-impact-of-foreign-direct-investment-on-wages-and-working-conditions_230184240223.

⁴² Para una buena visión general sobre los diversos estudios empíricos y sus resultados conflictivos, véase las contribuciones en Sauvart, Karl P. y Sachs, Lisa E. (eds.), *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*, Nueva York, Oxford University Press, 2009.

⁴³ Baek, Kyeonghi y Qian, Xingwan, “An Analysis on Political Risks and the Flow of Foreign Direct Investment in Developing and Industrialized Economies”, *Economics, Management, and Financial Markets*, vol. 6, núm. 4, 2011, p. 85; Schneider, Friedrich y Frey, Bruno S.,

país extranjero, este riesgo es aún mayor en el caso de países que carecen de las cualidades asociadas a la buena gobernanza, tales como instituciones políticas internas operativas, incluyendo tribunales independientes y agencias administrativas eficientes. Además, también depende de la habilidad de Estados anfitriones para establecer un marco jurídico suficientemente estable que otorgue un respeto mínimo por los derechos de propiedad y el cumplimiento de contratos, y que esté exento de arbitrariedad y discriminación.⁴⁴

Con la creación de un marco jurídico para la gobernanza de las relaciones internacionales de inversiones, el DII trata de superar estas deficiencias institucionales y reducir el riesgo político asociado con inversiones en países con marcos de gobernanza débiles. El DII lo hace proporcionando substitutos para los tribunales nacionales en forma de ISDS y estableciendo normas substantivas de trato que requieren de los Estados la implementación de estructuras de buena gobernanza, por ejemplo al prohibir expropiaciones sin compensación y requerir a los países anfitriones que se atengan a los estándares del Estado de derecho en virtud del trato justo y equitativo.⁴⁵ Así, la manera en la que el DII intenta abordar el problema del riesgo político es incentivando a través de obligaciones internacionales la mejora de las estructuras domésticas de buena gobernanza. A su vez, se prevé que esta mejora de la buena gobernanza, y la concomitante reducción del riesgo político, contribuyan a aumentar las inversiones extranjeras y de esta manera también el crecimiento económico.

Al mismo tiempo, el DII añade una dimensión al crecimiento económico que no se limita únicamente a las entradas de inversiones extranjeras, sino que también beneficia a la economía del Estado anfitrión en un sentido más amplio. Como se indicó anteriormente, el DII tiene un efecto positivo en el fortalecimiento de las instituciones jurídicas y del Estado de derecho dentro

“Economic and Political Determinants of Foreign Direct Investment”, *World Development*, vol. 13, núm. 2, 1985, p. 173.

⁴⁴ Sobre la importancia de estos factores para atraer inversiones extranjeras y lograr el crecimiento económico, véase Banco Mundial, *World Development Report 1997*, Nueva York, Oxford University Press, 1997, pp. 29-38; Rodrik, Dani *et al.*, “Institutions Rule: The Primacy of Institutions Over Geography and Integration in Economic Development”, *Journal of Economic Growth*, vol. 9, núm. 2, 2004, p. 131; Posner, Richard A., “Creating a Legal Framework for Economic Development”, *The World Bank Research Observer*, vol. 13, núm. 1, 1998, p. 3; Bénassy-Quéré, Agnès *et al.*, “Institutional Determinants of Foreign Direct Investment”, *The World Economy*, vol. 30, núm. 5, 2007, p. 764.

⁴⁵ Véase Schill, Stephan W., “Fair and Equitable Treatment, the Rule of Law, and Comparative Public Law”, en Schill, Stephan W. (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 151.

del Estado anfitrión.⁴⁶ Si bien estas características son importantes para atraer inversiones extranjeras,⁴⁷ tienen implicaciones que trascienden este objetivo y contribuyen a generar crecimiento económico de forma más amplia. De hecho, está demostrado que los países que tienen éxito a la hora de generar crecimiento económico a largo plazo hacen uso de instituciones estables y eficaces que respaldan estas visiones de buena gobernanza y Estado de derecho.⁴⁸ Ayudando a desarrollar estos aspectos, el DII contribuye a la mejora de las instituciones internas de los Estados anfitriones y crea así precondiciones que, aunque por sí mismas no son suficientes, conducen al crecimiento económico a largo plazo. Por ello, el DII no solamente busca construir un sistema que aumente el flujo de inversiones extranjeras; al hacerlo, también prepara el terreno para reformas institucionales de mayor calado a nivel interno que previsiblemente generen beneficios económicos a largo plazo.

4. *El DII y el Desarrollo (Sostenible)*

Los beneficios económicos obtenidos a través de la implementación de las normas del DII, a su vez, pueden contribuir a la promoción de otros intereses comunitarios cuya aplicación y realización requiere de recursos financieros. Un ejemplo de interés comunitario al cual el DII puede contribuir positivamente es el desarrollo sostenible.⁴⁹ Pese a las potenciales fricciones que puede crear el DII con el desarrollo sostenible, existe un amplio consenso en cuanto a que el aumento de las inversiones, incluyendo las inversiones extranjeras, juega un papel fundamental en la promoción del desarrollo (sostenible).⁵⁰ De hecho, varios instrumentos fundamentales de la Organización de las Naciones

⁴⁶ Véase sección II.2.

⁴⁷ Bénassy-Quéré, Coupet *et al.*, *op. cit.*, p. 776.

⁴⁸ Scully, Gerald W., "The Institutional Framework and Economic Development", *Journal of Political Economy*, vol. 96, núm. 31, 1988, p. 658; Knack, Stephen y Keefer, Philip, "Institutions and Economic Performance: Institutional Measures Cross-Country Tests Using Alternative Institutional Measure", *Economics and Politics*, vol. 7, núm. 3, 1995, p. 223.

⁴⁹ Sobre la relación entre el DII y el desarrollo sostenible en profundidad, véase las contribuciones en Schill, Stephan W. *et al.* (eds.), *International Investment Law and Development: Bridging the Gap*, Cheltenham/Northampton, Elgar, 2015; y las contribuciones en Cordonier Segger, Marie-Claire *et al.* (eds.), *Sustainable Development in World Investment Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2011.

⁵⁰ Schill, Stephan W., "International Investment Law as Development Law", en Bjorklund, Andrea K. (ed.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2012-2013*, Nueva York, Oxford University Press, 2014, pp. 329-331.

Unidas (ONU) sobre el desarrollo sostenible, como la Agenda 21,⁵¹ el Consenso de Monterrey,⁵² el Plan de Implementación de Johannesburgo⁵³ y la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible,⁵⁴ destacan la enorme importancia de la inversión para lograr el desarrollo sostenible. Si bien el aumento de las inversiones (extranjeras), obviamente, no puede conducir al desarrollo por sí solo, es no obstante una parte integral de la ecuación, ya que los esfuerzos de desarrollo dependen de la disponibilidad de suficientes recursos financieros.⁵⁵

Teniendo en cuenta que, como se mostró anteriormente, la razón para concluir AII no es solamente proteger los derechos de los inversores, sino también radica en la creencia de que tal protección aumentará la calidad institucional de la gobernanza doméstica y contribuirá así a aumentar el flujo entrante de inversiones y a fortalecer la economía interna, queda claro que también está previsto que los AII tengan un impacto positivo sobre el desarrollo. De esta manera, como observaron astutamente Anne van Aaken y Tobias Lehmann, aunque el objeto de los AII pueda ser la protección de los inversores, “el propósito subyacente es el desarrollo (sostenible)”.⁵⁶ Este propósito ha sido reconocido cada vez más a menudo en los preámbulos de AII, con varios tratados que determinan explícitamente que el deseo de promover el desarrollo sostenible es el resultado final de la protección de las inversiones.⁵⁷ Un entendimiento similar de la interacción entre la protec-

⁵¹ *Agenda 21: Programme of Action for Sustainable Development*, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Rio de Janeiro, 3-14 de junio de 1992, A/Conf.151/6/Rev.1, 28 de septiembre de 1992, párr. 2.23.

⁵² *Monterrey Consensus of the International Conference on Financing for Development*, 22 de marzo de 2002, Naciones Unidas, párr. 20, disponible en: <http://www.un.org/esa/ffd/monterrey/MonterreyConsensus.pdf>.

⁵³ *Plan of Implementation of the World Summit on Sustainable Development*, 2002, UN Doc A/Conf.199/20, párr. 4, disponible en: http://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD_POI_PD/English/WSSD_PlanImpl.pdf.

⁵⁴ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Resolución 70/1, Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development*, A/RES/70/1, 25 de septiembre de 2015, párr. 67.

⁵⁵ Cordonier Segger, Marie-Claire y Kent, Avidan, “Promoting Sustainable Investment Through International Law”, en Cordonier Segger, Marie-Claire et al. (eds.), *Sustainable Development in World Investment Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2011, p. 792.

⁵⁶ van Aaken, Anne y Lehmann, Tobias, “Sustainable Development and International Investment Law: An Harmonious View from Economics”, en Echandi, Roberto y Sauvé, Pierre (eds.), *Prospects in International Investment Law and Policy*, Nueva York, Cambridge University Press, 2013, p. 329 (“the underlying purpose is (sustainable) development”).

⁵⁷ Véase por ejemplo el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) (firmado el 17 de diciembre de 1992, entró en vigor el 1 de enero de 1994), Preámbulo; Acuerdo entre el Gobierno de Japón y el Estado Independiente de Papua Nueva Guinea para la Promoción y Protección de las Inversiones (firmado el 26 de abril de 2011, entró en vigor el 17 de enero de 2014), Preámbulo. Actualmente, alrededor del 7,4% de los AII

ción de las inversiones y el desarrollo fue expuesto por varios tribunales arbitrales.⁵⁸ El desarrollo sostenible, entonces, no es solamente un subproducto potencial de la protección de las inversiones, sino uno de los objetivos perseguidos por el propio sistema de DII.

Además de establecer el marco general que genera los fundamentos financieros necesarios para el desarrollo sostenible, el DII también puede operar para promover activamente el desarrollo sostenible a un nivel más tangible. Así, como se sugirió en un estudio de la OCDE de 2008, las inversiones extranjeras tienden a promover salarios más altos y pueden ser un conductor importante para mejorar los estándares de vida de los trabajadores. Estos efectos eran especialmente pronunciados en los países en vías de desarrollo.⁵⁹ El DII también puede facilitar la armonización de los intereses de inversores⁶⁰ o Estados⁶¹ con aquellos del desarrollo sostenible. Al hacerlo, puede incentivar a los inversores y a los Estados, respectivamente, para que actúen en beneficio del desarrollo sostenible en casos individuales. Más aún, la estructura del Protocolo de Kyoto puede servir como ejemplo de cómo los intereses económicos pueden ser armonizados con la transformación de

contienen un texto que promueve al menos algún aspecto del desarrollo sostenible, véase Gordon, Kathryn *et al.*, *op. cit.*, p. 15.

⁵⁸ Véase por ejemplo *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, Caso CIADI Núm. ARB/81/1, Decision on Jurisdiction, 5 de septiembre de 1983, párr. 23; *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, Caso CIADI Núm. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability, 14 enero de 2010, párrs. 272-273.

⁵⁹ Arnal, Elena y Hijzen, Alexander, *op. cit.*, p. 25 (para literatura previa sobre el tema, véase *ibidem*, pp. 17-22).

⁶⁰ Véase Sussman, Edna, “The Energy Charter Treaty’s Investor Protection Provisions: Potential to Foster Solutions to Global Warming and Promote Sustainable Development”, en Cordonier Segger, Marie-Claire *et al.* (eds.), *Sustainable Development in World Investment Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2011, pp. 523-530. Véase asimismo el caso *Allard v. Barbados*, *op. cit.*, en el cual el demandante argumentó que Barbados había incumplido sus obligaciones bajo el TBI Canadá-Barbados al rechazar el cumplimiento de sus obligaciones ambientales, así como casos recientes contra, entre otros, España e Italia iniciados por inversores en el sector de las energías renovables por el rechazo de los Estados a cumplir con sus promesas de apoyar la energía verde; Jones, Tom, “Italy and Spain Feel the Heat”, *Global Arbitration Review*, 17 de agosto de 2015, disponible en: <http://globalarbitrationreview.com/news/article/34071/italy-spain-feel-heat/>.

⁶¹ En una decisión reciente, un tribunal del CIADI aceptó parcialmente una contra-demanda de Ecuador contra un inversor por daños causados al medio ambiente; *Burlington Resources Inc v. La República del Ecuador*, Caso CIADI Núm. ARB/08/5, Decision on Counter-claims, 7 febrero de 2017, párrs. 889 y 1099.

la economía global en una economía (más) verde.⁶² Una estructura similar, armonizando los intereses puramente económicos con los de una economía más verde, ha sido proporcionada por el Acuerdo de París.⁶³ Desde esta perspectiva, resulta claro que un marco jurídico y económico claro es importante para las inversiones del sector privado en la economía verde. El DII, entonces, forma un ingrediente activo apoyando un sistema económico que asume como propios los objetivos de desarrollo sostenible, y que no se opone al interés de la protección del medio ambiente, sino que de hecho promueve los objetivos del desarrollo sostenible.

En definitiva, el DII tiene un potencial considerable para contribuir a la base económica necesaria para la promoción de varios intereses comunitarios importantes, incluyendo el desarrollo sostenible. Aunque ya hace contribuciones tangibles dirigidas a este objetivo, su habilidad para promover este y otros intereses comunitarios probablemente aumentará en el futuro, con la comprensión de que aumentar las inversiones, incluyendo las inversiones extranjeras, es importante para proporcionar el apoyo económico necesario para la consecución de los numerosos objetivos estatales de desarrollo. En consecuencia, el DII no debería ser conceptualizado como un antagonista del desarrollo sostenible, sino más bien como parte del derecho internacional de desarrollo (*international development law*).⁶⁴

Al mismo tiempo, es necesario que los Estados continúen siendo capaces de regular efectivamente la inversión extranjera y que tengan un margen regulatorio suficiente para implementar los intereses comunitarios que puedan colisionar con los intereses de inversores extranjeros, como la protección del medio ambiente o de los derechos humanos. La tensión que el DII puede crear con estos intereses comunitarios y las maneras de reconciliarlos serán analizadas en la siguiente sección.

III. RECONCILIANDO LA PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES CON LOS INTERESES COMUNITARIOS OPUESTOS

No obstante las contribuciones positivas que el DII puede hacer para la promoción de los intereses comunitarios, ambos no necesariamente se sustentan

⁶² Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 1997 (UNFCCC) (adoptado el 11 de diciembre de 1997, entró en vigor el 16 de febrero de 2005).

⁶³ Acuerdo de París (adoptado el 12 de diciembre de 2015, entró en vigor el 4 de noviembre de 2016).

⁶⁴ Véase Schill, Stephan, W., "International Investment...", *cit.*, pp. 348-353.

mutuamente. Como se indicó anteriormente, el DII tiene el potencial de limitar la realización de una amplia gama de intereses comunitarios que entran en conflicto con la protección de inversiones extranjeras. Estos intereses incluyen la protección del medio ambiente y de varios derechos humanos, tales como el derecho a la salud, los derechos culturales o los derechos de los pueblos indígenas.⁶⁵ Esta lista no es exhaustiva —cualquier interés comunitario no económico podría entrar en conflicto con el DII. Debido a que la responsabilidad del Estado bajo un AII puede surgir por medidas de aplicación general, incluyendo aquellas dirigidas a la protección de los intereses comunitarios no económicos, la posibilidad de incurrir en considerables gastos financieros podría causar retrasos o incluso disuadir a los gobiernos de adoptar una regulación beneficiosa para la protección de los intereses comunitarios no económicos.⁶⁶ Entonces, en estos casos, el DII puede ser un obstáculo para la toma de decisiones dirigidas a la promoción de los intereses comunitarios no económicos.

La manera de resolver las fricciones resultantes, sin embargo, no necesariamente necesita basarse en los cambios institucionales fundamentales solicitados por muchos sectores del actual debate político, ni tampoco se debería dismantelar el sistema por completo, ya que ello conllevaría el riesgo de sacrificar los intereses comunitarios promovidos por el DII. En lugar de ello, como se discute en esta sección, hay muchas maneras de aliviar las tensiones entre el DII y los intereses comunitarios no económicos en el marco de las estructuras existentes, incluyendo la ISDS. Una manera en la que esto puede ser llevado a cabo es adaptando las normas substantivas de los AII para reflejar mejor los intereses comunitarios, ya sea a través de cambios en el texto de los tratados o a través de la reconceptualización o reinterpretación de los textos existentes a la luz de un paradigma de derecho público, en lugar de uno de derecho privado.⁶⁷ Similarmente, la ISDS puede ser reconceptualizada bajo un paradigma de derecho público para proteger mejor

⁶⁵ Véase notas 3-9 y el texto adjunto.

⁶⁶ Por ejemplo, Nueva Zelanda pospuso la introducción de un empaquetado genérico de cigarrillos a la espera del resultado de los casos contra Australia llevados ante el arbitraje de inversiones y la OMC. Véase comunicado del Ministro de Nueva Zelanda Tariana Turia, *Government Moves Forward with Plain Packaging of Tobacco Products*, comunicado de prensa del 19 de febrero de 2013, disponible en: <https://www.beehive.govt.nz/release/government-moves-forward-plain-packaging-tobacco-products>.

⁶⁷ Para una conceptualización de derecho público del DII, véase Schill, Stephan W., “International Investment Law and Comparative Public Law: An Introduction”, en Schill, Stephan W. (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 3.

a los intereses comunitarios en conflicto. Ambos enfoques tienen efectos transformadores sobre la manera en la que los intereses comunitarios son abordados en el DII, sin la necesidad de un reajuste fundamental del sistema.

1. *Acomodando los intereses comunitarios a través de la recalibración, interpretación y aplicación del DII sustantivo*

Se puede crear espacio para la consideración de intereses comunitarios no económicos dentro del DII tanto a través de la recalibración del texto del tratado en las nuevas generaciones de AII como adaptando la manera en la que los tratados existentes son aplicados e interpretados. Esta sección se centra principalmente en esto último, ya que los retoques internos al sistema tienen el potencial de ofrecer beneficios considerables inmediatos a la hora de acomodar mejor los intereses comunitarios no económicos dentro del DII, mientras que una reforma a través de la elaboración de tratados siempre es un proyecto a largo plazo.⁶⁸ No obstante lo anterior, el método más invasivo para resolver los conflictos entre el DII y los intereses comunitarios opuestos —la elaboración de tratados— será abordado brevemente en primer lugar.⁶⁹

De hecho, los Estados pueden negociar los futuros AII y renegociar los existentes para hacerlos más sensibles a los temas de interés público y preservar el espacio para que los responsables políticos puedan regular en favor del bien común. Este proceso ya está en camino, con Estados recurriendo a diversas técnicas para infundir los intereses comunitarios en sus actuales AII, tales como referirse a los intereses comunitarios en los preámbulos,⁷⁰ incluir cláusulas sobre intereses comunitarios en la parte sustantiva de los AII,⁷¹

⁶⁸ Véase Schill, Stephan W., “The Sixth Path: Reforming Investment Law from Within”, en Kalicki, Jean E. y Joubin-Bret, Anna (eds.), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century*, Leiden-Boston, Brill, 2015, pp. 624-627.

⁶⁹ Para sugerencias similares, véase Vadi, Valentina, *op. cit.*, pp. 868-886; Beharry, Christina L. y Kuritzky, Melinda E., “Going Green: Managing the Environment Through International Investment Arbitration”, *American University International Law Review*, vol. 30, núm. 3, 2015, pp. 405-411.

⁷⁰ Véase por ejemplo el preámbulo del Acuerdo entre el Gobierno de Japón y el Estado Independiente de Papua Nueva Guinea para la Promoción y Protección de las Inversiones, el cual reconoce la interdependencia del desarrollo económico y social y la protección medioambiental como pilares del desarrollo sostenible, y que la promoción de las inversiones puede aumentar el desarrollo sostenible.

⁷¹ Véase por ejemplo los artículos 12 y 13 del TBI Modelo de los Estados Unidos, 2012, disponible en: <https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>, los cuales abordan temas laborales y medioambientales.

añadir anexos interpretativos,⁷² incluir excepciones,⁷³ recortes (*carve-outs*),⁷⁴ cláusulas de medidas no excluidas (*non-precluded measures clauses*)⁷⁵ o crear regímenes especiales para ciertas áreas de actividad gubernamental, como la fiscalidad o la regulación de servicios financieros.⁷⁶ Además, los mecanismos de solución de controversias, incluyendo la ISDS, están siendo recalibrados en las nuevas generaciones de AII, a través de la reforma del arbitraje inversor-Estado o incluso estableciendo órganos permanentes de solución de controversias de tipo jurisdiccional, con mecanismos de apelación.⁷⁷ Las nuevas generaciones de AII, incluyendo aquellos que se espera tengan el impacto más significativo, como el Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá (AECG)⁷⁸ y el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP, por sus siglas en inglés *Comprehensive and*

⁷² Véase por ejemplo el Anexo B.13(1)(c) del Acuerdo Modelo de Protección de Inversiones de Canadá (2004), disponible en: <http://www.italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>.

⁷³ Véase el artículo 33 del Acuerdo entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno de la República Popular de China para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (firmado el 9 de septiembre de 2012, entró en vigor el 1 de octubre de 2014), el cual contiene una detallada excepción que refleja el contenido del artículo XX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio.

⁷⁴ Véase el artículo 1 del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Croacia y el Gobierno de la República de Azerbaiyán para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (firmado el 2 de noviembre de 2007, entró en vigor el 30 de mayo de 2008), el cual explícitamente excluye la deuda soberana de la cobertura del TBI, así como el artículo 8.2.3 del Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá (AECG) (firmado el 30 de octubre de 2016, todavía no ha entrado en vigor), que excluye la aplicación de ciertas partes del acuerdo para servicios audiovisuales en relación a la Unión Europea y de medidas relativas a industrias culturales en relación a Canadá. El texto definitivo del AECG está disponible en: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154329.pdf.

⁷⁵ Véase por ejemplo el artículo 8(3) del Acuerdo entre el Gobierno de Hong Kong y el Gobierno de Nueva Zelanda para la Promoción y Protección de las Inversiones (firmado el 6 de julio de 1995, entró en vigor el 5 de Agosto de 1995), el cual dispone que este “no deberá de ninguna manera limitar el derecho de cualquier parte contratante a tomar medidas destinadas a la protección de sus intereses esenciales, o a la protección de la salud pública” (“shall not in any way limit the right of either Contracting Party to take measures directed to the protection of its essential interests, or to the protection of public health”).

⁷⁶ Véase por ejemplo capítulo 13 (Servicios Financieros), capítulo 28 (Excepciones) y artículo 28.07 (relativo a la fiscalización) del AECG.

⁷⁷ Véase Schill, Stephan W., “Authority, Legitimacy, and Fragmentation in the (Envisaged) Dispute Settlement Disciplines in Mega-Regionals”, en Griller, Stefan *et al.* (eds.), *Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP and TiSA – New Orientations for EU External Economic Relations*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 111.

⁷⁸ Véase el AECG, *op. cit.*

Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership),⁷⁹ están, en general, adoptando la mayoría o incluso todas estas técnicas.⁸⁰

Tomadas en conjunto, estas diferentes opciones de elaboración pueden proporcionar un margen considerable para la protección de los intereses comunitarios en los AII modernos. También pueden tener el efecto adicional de aumentar la sensibilidad de los tribunales arbitrales respecto de los intereses comunitarios al tomar decisiones sobre conflictos de inversiones bajo AII más antiguos. Sin embargo, mientras la frecuencia con la que se introducen referencias a los intereses comunitarios en el texto de los AII aumenta,⁸¹ no es realista esperar que la redacción de los tratados pueda resolver el conflicto entre el DII y otros intereses comunitarios por sí sola. Después de todo, hay más de 3000 AII en vigor, la mayoría de los cuales no solo carecen de referencias explícitas a los intereses comunitarios no económicos, sino que incluso contienen las llamadas “cláusulas de remanencia” (*survival clauses* o *sunset clauses*), que garantizan la protección bajo el tratado durante un tiempo considerable después de la expiración del mismo.⁸²

Por lo tanto, es necesario considerar los mecanismos para minimizar las tensiones con los intereses comunitarios opuestos bajo los tratados existentes, así como a través del uso de métodos interpretativos que aseguren que se le otorga a los intereses no económicos el peso que se merecen. En este sentido, un paso importante en la dirección correcta es la comprensión de que, como se indicó anteriormente en la sección II.4., el objeto y propósito de los AII implica una agenda más amplia que la mera protección de los derechos de los inversores. Esto abre la puerta, en línea con el artículo 31(1) de

⁷⁹ Véase el CPTPP, *op. cit.*

⁸⁰ Para una visión general de los diversos métodos adoptados en AII nuevos para preservar la autonomía regulatoria, véase Henckels, Caroline, “Protecting Regulatory Autonomy Through Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA and TTIP”, *Journal of International Economic Law*, vol. 19, núm. 1, 2016, p. 27; Schill, Stephan W. y Bray, Heather L., “The Brave New (American) World of International Investment Law: Substantive Investment Protection Standards in Mega-Regionals”, *British Journal of American Legal Studies*, vol. 5, núm. 2, 2016, p. 419.

⁸¹ Véase Gordon, Kathryn *et al.*, “Investment Treaty Law...”, *cit.*, p. 10.

⁸² Véase por ejemplo el artículo 12(3) del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Corea y el Gobierno de la República de Letonia para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (firmado el 23 de octubre de 1996, entró en vigor el 26 de enero de 1997): “Respecto a las inversiones realizadas previamente a la terminación de este Acuerdo, las disposiciones de los artículos 1 a 11 de este Acuerdo deberán permanecer en vigor durante un periodo adicional de veinte (20) años desde la fecha de su terminación” (“In respect of investments made prior to the termination of this Agreement, the provisions of Article 1 to 11 of this Agreement shall remain in force for a further period of twenty (20) years from the date of the termination”).

la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT),⁸³ para que los tribunales consideren otros intereses no económicos a la hora de interpretar los AII. Herramientas interpretativas en las que los tribunales deberían basarse para llevar a cabo esta tarea incluyen, principalmente, (a) el principio de integración sistémica, (b) el principio de proporcionalidad, y (c) el uso de estándares de revisión deferentes.

A. *La integración sistémica*

Aunque el DII es un sistema altamente especializado, no es autónomo, sino que forma parte del sistema general de derecho internacional.⁸⁴ Esto significa que, como los tratados internacionales, los AII deberían ser interpretados por los tribunales en consonancia con el sistema del cual forman parte. Eso es lo que exige el principio de “integración sistémica”, que se encuentra definido en el artículo 31(3)(c) de la CVDT.⁸⁵ Un tal enfoque interpretativo abre la puerta a que consideraciones de otras áreas del derecho internacional que protegen los intereses comunitarios penetren en el DII. De hecho, este enfoque ya se ha abierto camino en el DII, con muchos ejemplos de tribunales de inversiones recurriendo (si bien no siempre explícitamente) a la idea de integración sistémica.⁸⁶

Por ejemplo, el tribunal en el caso *Pope & Talbot*, al interpretar la cláusula del trato justo y equitativo en el Tratado de Libre Comercio de América del

⁸³ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (firmada el 23 de mayo de 1969, entró en vigor el 27 de enero de 1980) (CVDT).

⁸⁴ *Asian Agric Prods Ltd v. Republic of Sri Lanka*, Caso CIADI Núm. ARB/87/3, Award, 27 junio de 1990, párr. 21; McLachlan, Campbell, “Investment Treaties and General International Law”, *ICLQ* vol. 57, núm. 2, 2008, p. 369. Véase asimismo las contribuciones en Hofmann, Rainer y Tams, Christian J. (eds.), *International Investment Law and General International Law: From Clinical Isolation to Systemic Integration?*, Baden-Baden, Nomos, 2011; y las contribuciones en Hofmann, Rainer y Tams, Christian J. (eds.), *International Investment Law and Its Others*, Nomos, 2012.

⁸⁵ Artículo 31(3)(c) de la CVDT; 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 Koskeniemi, A/CN.4/L.682, 13 de abril 2006, párr. 413. Para aplicar la integración sistémica, se deben cumplir los requisitos establecidos en el artículo 31(3)(c) de la CVDT, véase *ibidem*, párrs. 410-480.

⁸⁶ Véase Trinh, Hai Yen, *The Interpretation of Investment Treaties*, Leiden, Brill, 2014, pp. 55-61; Weeramantry, J. Romesh, *Treaty Interpretation in Investment Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2012, párrs. 3.134, 3.141-3.149; Gazzini, Tarcisio, *Interpretation of International Investment Treaties*, Oxford, Hart Publishing, 2016, pp. 210-221.

Norte (TLCAN), ya al inicio de los años 2000 se guió por otros TBI,⁸⁷ y el tribunal de *Continental v Argentina* se basó fuertemente en el derecho de la OMC al interpretar la cláusula de NMF en el TBI Argentina-EE.UU.⁸⁸ De mismo modo que en estos casos los tribunales arbitrales recurrieron a otros tratados u otras áreas del derecho internacional con el propósito de interpretar un AII, lo mismo puede ser realizado para hacer que el DII sea más receptivo a las preocupaciones comunitarias. A modo de ejemplo, esto fue hecho por el tribunal en el caso *Al-Warraq v Indonesia*, que se basó considerablemente en los instrumentos de derechos humanos al interpretar y aplicar la disposición sobre el trato justo y equitativo del AII en cuestión.⁸⁹ De manera similar, el tribunal en *Philip Morris v. Uruguay* invocó explícitamente el artículo 31(3)(c) de la CVDT como base para tomar en consideración los poderes regulatorios del Estado para adoptar medidas dirigidas a la protección de la salud pública al dar sentido a la cláusula de expropiación del AII relevante.⁹⁰

En consecuencia, hay un amplio margen para emplear el principio de integración sistémica como puerta de entrada para que los intereses comunitarios guíen la interpretación de las normas imprecisas del tratado, tales como el concepto de expropiación indirecta o el requisito de tratar a los inversores extranjeros de forma justa y equitativa. Ciertamente, como al tribunal arbitral solamente se le requiere “tomar en consideración” estas preocupaciones a la hora de interpretar un tratado, su impacto concreto solo puede ser evaluado caso por caso. En algunas ocasiones (como en el caso *Al-Warraq v. Indonesia*), su efecto puede ser el de ayudar a clarificar las normas del AII en beneficio de los inversores, mientras que en otras (como en el caso *Philip Morris v. Uruguay*) pueden dilucidar los límites de la protec-

⁸⁷ *Pope & Talbot Inc v. The Government of Canada*, UNCITRAL (TLCAN), Award on the Merits, 10 de abril de 2001, párrs. 110-116.

⁸⁸ *Continental Casualty Company v. La República Argentina*, Caso CIADI Núm. ARB/03/9, Award (5 septiembre de 2008), párrs. 192-195. Para otros ejemplos de la influencia del derecho de la OMC en la interpretación del DII, véase Kurtz, Jürgen, “The Use and Abuse of WTO Law in Investor-State Arbitration: Competition and Its Discontents”, *European Journal of International Law*, vol. 20, núm. 3, 2009, p. 749; Kurtz, Jürgen, *The WTO and International Investment Law: Converging Systems*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 218-224; DiMascio, Nicholas y Pauwelyn, Joost, “Non-Discrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin?”, *AJIL*, vol. 102, núm. 1, 2008, p. 48.

⁸⁹ *Hesham TM Al Warraq v. Indonesia*, *op. cit.*, párrs. 556-621. Para otro ejemplo de cómo los intereses comunitarios pueden ser integrados en el DII, véase Simma, Bruno, “Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights?”, *ICLQ*, vol. 60, núm. 3, 2011, pp. 584-592.

⁹⁰ *Philip Morris v. Uruguay*, *op. cit.*, párrs. 290-307.

ción de los inversores y con ello minimizar las tensiones con los intereses comunitarios opuestos.

B. *El principio de proporcionalidad*

Otro instrumento que hace al DII más receptivo a los intereses comunitarios opuestos es el uso creciente por los tribunales de inversiones del principio de proporcionalidad. El análisis de proporcionalidad constituye una técnica interpretativa para resolver conflictos entre dos intereses opuestos: en este caso particular, por un lado, el interés de un inversor extranjero y, por otro lado, el interés comunitario opuesto.⁹¹ Esto permite encontrar un equilibrio entre intereses opuestos mediante la ponderación de su importancia relativa, incluso en casos en los que no haya ninguna excepción expresa a los derechos reconocidos a los inversores extranjeros bajo un AII.⁹² Se puede considerar que dicho principio, que tiene su origen en el derecho público alemán y posteriormente se expandió a un gran número de sistemas de derecho público de todo el mundo,⁹³ representa un verdadero principio de derecho público comparado. En el plano internacional, ha sido acogido en la práctica de las cortes y tribunales más importantes, incluyendo la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y también es reconocido de forma creciente en el contexto del arbitraje de inversiones.⁹⁴

En casos que implican medidas tomadas por el Estado anfitrión para proteger intereses comunitarios, los tribunales de inversiones han usado el análisis de proporcionalidad, por ejemplo, al aplicar el concepto de expropiación indirecta y al interpretar las cláusulas sobre el trato justo y

⁹¹ Kingsbury, Benedict y Schill, Stephan W., “Public Law Concepts to Balance Investors’ Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest-The Concept of Proportionality”, en Schill, Stephan W. (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 79.

⁹² *Idem*.

⁹³ Para una descripción detallada del origen y la difusión del principio de proporcionalidad, véase Stone Sweet, Alec y Mathews, Jud, “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 47, núm. 1, 2008, p. 73, así como Barak, Aharon, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 175-210.

⁹⁴ Véase Stone Sweet, Alec y della Cananea, Giacinto, “Proportionality, General Principles of Law, and Investor-State Arbitration: A Response to Jose Alvarez”, *NYU Journal of International Law and Politics*, vol. 46, núm. 3, 2014, pp. 918-922; Kingsbury, Benedict y Schill, Stephan W., *op. cit.*, pp. 81-85; Bücheler, Gebhard, *Proportionality in Investor-State Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 68-79.

equitativo y cláusulas de medidas no excluidas.⁹⁵ Mientras que los primeros tribunales que hicieron uso de la proporcionalidad a menudo la aplicaron de manera poco clara y en ocasiones solo implícitamente,⁹⁶ en casos más recientes la proporcionalidad ha desempeñado un papel más importante en el resultado de los casos y ha sido aplicada en gran medida de forma más elaborada y sofisticada.⁹⁷ No obstante estas tendencias, hay margen de mejora para llegar de forma más general a un análisis de proporcionalidad más completo, que consiste de tres pasos e implica la evaluación de una medida estatal en relación a su pertinencia, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*.⁹⁸ Mediante el recurso a este análisis estructurado los tribunales de inversiones pueden encontrar una herramienta instructiva para ponderar los intereses comunitarios y aquellos de los inversores extranjeros.

Aunque los tribunales de inversiones todavía deben incorporar completamente todas las facetas de esta herramienta analítica en su razonamiento, han demostrado una creciente simpatía por el principio de proporcionalidad. Por lo tanto, es probable que los futuros tribunales recurran al análisis de proporcionalidad para ponderar los intereses de los inversores y los intereses comunitarios en conflicto. Al mismo tiempo, dado que los árbitros son nombrados caso por caso, es comprensible que otorgarles los amplios poderes conectados a la ponderación proporcional, especialmente cuando esto no se menciona explícitamente en el tratado aplicable y cuando faltan los contrapesos “legislativos” en manos de las partes contratantes de un AII,

⁹⁵ Véase *ibidem*, pp. 89-102; para una visión exhaustiva de la aplicación del principio de proporcionalidad en el arbitraje de inversiones, véase Bücheler, Gebhard, *op. cit.*, pp. 122-250; y Henckels, Caroline, *Proportionality and Deference in Investor State Arbitration: Balancing Investment Protection and Regulatory Autonomy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, pp. 83-115.

⁹⁶ Véase por ejemplo *Técnicas Medioambientales Tecmed SA v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI Núm. ARB(AF)/00/02, Award, 29 mayo de 2003, párr. 122; *LG&E Energy Corp LG&E Capital Corp LG&E International Inc v. La República Argentina*, Caso CIADI Núm. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 de octubre de 2006, párr. 195.

⁹⁷ *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. La Rep.*, Caso CIADI Núm. ARB/06/11, Award, 5 octubre de 2012, párrs. 384-452; *Continental Casualty v. Argentina*, *op. cit.*, párrs. 189-230. Sin embargo, véase la reciente decisión en *Philip Morris v. Uruguay*, *op. cit.*, párrs. 305, 306, 409, 410, 419 y 420, donde el tribunal hace referencia frecuentemente al principio de proporcionalidad pero no desarrolla dicho análisis.

⁹⁸ Para una descripción más detallada de la aplicación de los diferentes pasos en el análisis de proporcionalidad, véase Kingsbury, Benedict y Schill, Stephan W., *op. cit.*, pp. 86-88; van Aaken, Anne, “Defragmentation of Public International Law Through Interpretation: A Methodological Proposal”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 16, núm. 2, 2009, p. 504; Stone Sweet, Alec y della Cananea, Giacinto, *op. cit.*, pp. 917-918; Henckels, Caroline, *Proportionality and Deference... cit.*, pp. 25 y 26.

pueda ser un motivo de preocupación.⁹⁹ No obstante, si la alternativa a la ponderación proporcional es que los intereses en conflicto no sean abordados, el análisis de proporcionalidad parece ser el mejor camino a tomar para acomodar los intereses comunitarios. Además, los Estados están en posición de controlar cómo los tribunales hacen uso del análisis de proporcionalidad y podrían, en caso de que perciban que los árbitros lo usan de manera ilegítima, intervenir a través de interpretaciones vinculantes o modificaciones de los tratados, al menos para armonizar los futuros usos del principio de proporcionalidad con sus intereses.¹⁰⁰

C. *El estándar de revisión y la deferencia*

Por último, las doctrinas de deferencia *vis-à-vis* las medidas estatales que protegen los intereses comunitarios también son un instrumento para mitigar los conflictos. Al revisar las medidas de los Estados anfitriones que afectan a inversores extranjeros, los tribunales de inversiones pueden adoptar diferentes estándares de revisión, que van desde una completa deferencia hacia la decisión del gobierno, sus fundamentos para la toma de decisiones y los motivos subyacentes, hasta reexaminar el asunto en cuestión *de novo*. La mayoría de AII no estipulan explícitamente cuánta deferencia debería ser ejercida por los tribunales,¹⁰¹ otorgándoles por tanto una discreción substancial. Si bien los tribunales aún deben desarrollar un enfoque metodológico coherente en relación a los estándares de revisión,¹⁰² parece haber

⁹⁹ Véase Alvarez, José E., “«Beware: Boundary Crossings» – A Critical Appraisal of Public Law Approaches to International Investment Law”, *The Journal of World Investment and Trade*, vol. 17, núm. 2, 2016, p. 171; Sornarajah, M., *op. cit.*, pp. 365-382; Vadi, Valentina, “The Migration of Constitutional Ideas to Regional and International Economic Law: The Case of Proportionality”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 35, núm. 3, 2015, p. 571. Para las desventajas potenciales de la ponderación proporcional en general, véase Bücheler, Gebhard, *op. cit.*, pp. 62-66.

¹⁰⁰ Véase Roberts, Anthea, “Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States”, *AJIL*, vol. 104, núm. 2, 2010, p. 179.

¹⁰¹ Henckels, Caroline, “Balancing Investment Protection and the Public Interest: The Role of the Standard of Review and the Importance of Deference in Investor-State Arbitration”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 4, núm. 1, 2013, pp. 197 y 201.

¹⁰² Henckels, Caroline, “Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration”, *Journal of International Economic Law*, vol. 15, núm. 1, 2012, p. 241.

una voluntad creciente en otorgar a los Estados anfitriones una deferencia considerable,¹⁰³ en particular cuando hay intereses comunitarios afectados.

Adoptar una regulación que pondere los intereses comunitarios en relación a otros derechos, tales como los de los inversores extranjeros, implica decisiones políticas delicadas. Las instituciones domésticas del Estado anfitrión a menudo tienen un mejor conocimiento de las circunstancias locales y, al menos en las sociedades democráticas, están dotadas de una mayor legitimidad democrática. Por lo tanto, en estas circunstancias, normalmente dichas instituciones se encuentran en una mejor posición para tomar decisiones sobre los hechos relevantes y las formas adecuadas de abordarlos que los tribunales internacionales, que están más alejados del terreno.¹⁰⁴ Adicionalmente, implementar las medidas dirigidas a proteger los intereses comunitarios a menudo requiere unas habilidades y experiencia que los tribunales de inversiones no necesariamente poseen.¹⁰⁵ Por ejemplo, las demandas de inversiones que afectan a la protección del medio ambiente o a la salud pública pueden implicar decisiones basadas en argumentos científicos tomadas por órganos internos especializados. En esos casos, los tribunales de inversiones normalmente habrán de otorgar un grado considerable de deferencia a los reguladores nacionales implicados.¹⁰⁶

Al otorgar a los responsables de las políticas a nivel nacional una deferencia suficiente al revisar sus decisiones, los tribunales de inversiones pueden también conceder a los gobiernos el espacio necesario para proteger de forma efectiva los intereses comunitarios. Al mismo tiempo, el ejercicio de la deferencia no debería tener como resultado que los tribunales abduquen de su

¹⁰³ Henckels, Caroline, “Balancing Investment Protection...”, *cit.*, p. 214; para un ejemplo reciente de un tribunal poniendo énfasis en el nivel sustancial de deferencia que se debe otorgar a los gobiernos cuando regulen en el interés público, véase *Philip Morris v. Uruguay*, *op. cit.*, párrs. 399, 418, 429 y 430.

¹⁰⁴ Schill, Stephan W., “Deference in Investment Treaty Arbitration: Re-Conceptualizing the Standard of Review”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 3, núm. 3, 2012, pp. 600-602; Henckels, Caroline, “Balancing Investment Protection...”, *cit.*, pp. 205-207; Leonhardsen, Erlend M., “Treaty Change, Arbitral Practice and the Search for a Balance”, en Gruszczynski, Lukasz y Wouter, Werner (eds.), *Deference in International Courts and Tribunals: Standard of Review and Margin of Appreciation*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 149-151. Véase asimismo *Electrabel SA v. Republic of Hungary*, Caso CIADI Núm. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 noviembre de 2012, párr. 8.35; y *Glamis Gold v United States*, UNCITRAL (TLCAN), Award, 8 de junio de 2009, párrs. 803-805.

¹⁰⁵ Schill, Stephan W., “Deference in Investment...”, *cit.*, pp. 602 y 603; Henckels, Caroline, “Balancing Investment Protection...”, *cit.*, pp. 210-212; Leonhardsen, Erlend M., *op. cit.*, pp. 146 y 147.

¹⁰⁶ Véase por ejemplo *Chemtura Corporation (formerly Crompton Corporation) v. Government of Canada*, UNCITRAL (TLCAN), Award, 2 de agosto de 2010, párr. 134.

función jurisdiccional, cediendo el paso sin críticas a las decisiones tomadas a nivel interno. Los árbitros deben seguir siendo los encargados de juzgar la legalidad de las acciones del Estado anfitrión bajo el derecho internacional. Sin embargo, al hacerlo, deberían conceder a los gobiernos un margen de maniobra suficiente para tratar de forma efectiva los intereses comunitarios en conflicto. Podrían, por ejemplo, aplicar un estándar de revisión más estricto al controlar la calidad de los procedimientos gubernamentales, así como para reducir la discriminación, y a la vez otorgar deferencia en términos de cómo los gobiernos anfitriones ponderan en esencia los intereses en conflicto.¹⁰⁷ Ello aseguraría que los Estados anfitriones tengan la libertad de maniobra para regular en favor de la protección de los intereses comunitarios, sin comprometer la necesidad de los inversores extranjeros de un nivel suficiente de protección, particularmente frente a actos arbitrarios o que de otra manera no se encuentran en conformidad con el concepto de Estado de derecho.

2. *Acomodando los intereses comunitarios en la ISDS*

También se puede promover que el DII sea más sensible a los intereses comunitarios a través de la adaptación del procedimiento de ISDS para acomodar mejor dichos intereses. Para ello, no necesariamente se debe buscar en el exterior de las estructuras existentes de DII —dentro del sistema ya existen herramientas para lograr dicha tarea, si bien hasta el momento tal vez no han sido usadas suficientemente. Estas incluyen, entre otros: (a) la transparencia y participación de *amicus curiae*, (b) varios medios procesales para minimizar la parcialidad proinversor y (c) las contrademandas.

A. *La transparencia y participación de amicus curiae*

Uno de los puntos álgidos de las críticas al DII consiste en señalar las deficiencias del sistema de ISDS a la hora de conseguir el mismo nivel de transparencia que habitualmente acompaña a la función jurisdiccional de derecho público.¹⁰⁸ No hay duda de que un sistema que aborda asuntos

¹⁰⁷ Schill, Stephan W., “Deference in Investment...”, *cit.*, pp. 603 y 604.

¹⁰⁸ Parlamento Europeo, Informe del Servicio de Investigación, *Investor-State Dispute Settlement: State of Play and Prospects for Reform*, 21 de enero de 2014, disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2014/130710/LDM_BRI\(2014\)130710_REV2_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2014/130710/LDM_BRI(2014)130710_REV2_EN.pdf); Giegold, Sven, “The Promised «Transparency» Around TTIP Has Been

importantes de derecho público necesita proporcionar una apertura suficiente, para que todos los que pudieran ser potencialmente afectados tengan acceso a la información relevante y sean capaces de tener voz en el proceso de toma de decisiones. Este tipo de mejoras también ayudaría a asegurar una mejor protección de los intereses comunitarios en el DII. El aumento de la transparencia no solo será un incentivo para que los árbitros de inversiones muestren una mayor cautela al tratar asuntos sensibles de importancia pública, sino que también facilitará la participación de un mayor número de actores, incluyendo a la academia y a la sociedad civil, permitiéndoles señalar las deficiencias y sugerir posibles mejoras para el sistema.

Al mismo tiempo, se debe reconocer que ya se han hecho grandes avances en relación a la mejora de la transparencia en el DII desde que las primeras críticas fueron planteadas. Hoy en día es difícil justificar la caracterización de los tribunales como “herméticos” y “oscuros”.¹⁰⁹ Se han realizado esfuerzos considerables en el CIADI,¹¹⁰ en el TLCAN¹¹¹ y en las nuevas generaciones de AII¹¹² para aumentar la transparencia. Como resultado, hoy en día la mayoría de laudos son públicos; hay un acceso cada vez mayor a los documentos presentados en los arbitrajes; y la práctica de

a Sham”, *The Guardian*, 31 de agosto de 2015, disponible en: <http://www.theguardian.com/commentisfree/2015/aug/31/transparency-ttip-documents-big-business>; Evatt, Elizabeth A., *An Open Letter from Lawyers to the Negotiators of the Trans-Pacific Partnership Urging the Rejection of Investor-State Dispute Settlement*, 8 de mayo de 2012, disponible en: <http://tpplegal.wordpress.com/open-letter/>. Para una visión equilibrada, véase Maupin, Julie A., “Transparency in International Investment Law: The Good, the Bad and the Murky”, en Bianchi, Andrea y Peters, Anne (eds.), *Transparency in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 142-171.

¹⁰⁹ De Palma, Anthony, “Nafta’s Powerful Little Secret: Obscure Tribunals Settle Disputes, But Go Too Far, Critics Say”, *New York Times*, 11 de marzo de 2001, disponible en: <http://www.nytimes.com/2001/03/11/business/nafta-s-powerful-little-secret-obscure-tribunals-settle-disputes-but-go-too-far.html> (“secretive” y “obscure”).

¹¹⁰ En 2006, las Reglas de Arbitraje del CIADI fueron reformadas para, *inter alia*, proporcionar una mayor transparencia en los procedimientos administrados por el CIADI, véase Reglas 32, 37 y 48, disponible en: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsiddocs/ICSID-Convention-Arbitration-Rules.aspx>.

¹¹¹ Comisión de Libre Comercio del TLCAN, *Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions*, 31 de julio de 2001, disponible en: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/NAFTA-Interpr.aspx?lang=eng>; Canadian Department of Foreign Affairs and International Trade, *Statement of Canada on Open Hearings in NAFTA Chapter Eleven Arbitrations*, 7 de octubre de 2003, disponible en: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/open-hearing.aspx?lang=en>; Office of the US Trade Representative, *Statement on Open Hearings in NAFTA Chapter Eleven Arbitrations*, 7 de octubre de 2003, disponible en: https://ustr.gov/archive/assets/Trade_Agreements/Regional/NAFTA/asset_upload_file143_3602.pdf.

¹¹² Véase por ejemplo el artículo 9.23 del CPTPP/TPP, y artículo 8.36 del AECG.

permitir audiencias públicas o públicamente retransmitidas también está aumentando.¹¹³ De forma similar, en la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL, por sus siglas en inglés *United Nations Commission on International Trade Law*) ha adoptado su “Reglamento sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionista y Estados en el Marco de un Tratado”,¹¹⁴ que se aplican por defecto en los casos bajo las reglas de arbitraje de UNCITRAL iniciados en virtud de AII adoptados en o después del 1 de abril de 2014 (la entrada en vigor de dichas reglas), mientras que la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (llamada también Convención de Mauricio sobre Transparencia) abre la posibilidad de extender la aplicación de las Reglas de Transparencia a controversias bajo AII adoptados antes de esa fecha, independientemente de las reglas arbitrales aplicables.¹¹⁵ En conjunto, todos estos desarrollos demuestran un claro cambio hacia una mayor transparencia en el arbitraje de inversiones, lo cual a su vez puede tener un impacto favorable sobre la protección de los intereses comunitarios en el DII.

Además, el aumento de la transparencia también actúa como un agente para permitir la aplicación de otra herramienta importante para la protección de los intereses comunitarios en el DII: las intervenciones de *amici curiae*. Los *amici curiae* son “amigos del tribunal” que ofrecen su conocimiento, perspectiva o información específica sobre asuntos que surjan en el caso y sean de interés para terceras partes o para la comunidad en general.¹¹⁶ Si

¹¹³ La audiencia de la famosa controversia en el caso *Vattenfall v. Germany*, *op. cit.*, por ejemplo, fue retransmitida en directo públicamente a través de la página web del CIADI, aparentemente porque el tribunal instó a acordar dicha transparencia. Véase <https://lives-tream.com/ICSID/events/6515750>.

¹¹⁴ Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (fecha de entrada en vigor: 1 de abril de 2014), disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency.html.

¹¹⁵ Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (adoptada el 10 de diciembre de 2014, entró en vigor el 18 de octubre de 2017), disponible en: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/transparency-convention/Transparency-Convention-s.pdf>.

¹¹⁶ En la mayoría de casos en los que participaron *amici*, la razón para su participación fue, de hecho, la existencia de algún tipo de interés comunitario, por ejemplo, la salud pública, las preocupaciones ambientales, el desarrollo sostenible o la protección del patrimonio cultural. Véase *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL (TLCAN), Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as “*amici curiae*”, 15 de enero de 2001; *Pac Rim Cayman LLC v. República de El Salvador*, Caso CIADI Núm. ARB/09/12, Submission of Member Organizations of La Mesa as *Amicus Curiae*, 25 de julio

bien los tribunales originalmente fueron reacios a aceptar la participación de *amici curiae*,¹¹⁷ con el tiempo se abrieron cada vez más a estas iniciativas.¹¹⁸ Mientras tanto, la reforma a las Reglas del CIADI y los cambios fomentados por ciertos países en sus TBI modelo, incluyendo las disposiciones referentes a la participación en relación con *amicus* en las Reglas de Transparencia de UNCITRAL, han apoyado institucionalmente dichos desarrollos.¹¹⁹ Aunque los derechos de terceros no partes en el proceso han seguido siendo limitados a la presentación de cartas escritas,¹²⁰ la participación de *amicus* proporciona una oportunidad adicional para que los intereses comunitarios sean llevados a la atención de los tribunales arbitrales, tanto por organizaciones privadas sin ánimo de lucro como por organizaciones internacionales cuyo mandato es la protección de los intereses comunitarios.

En el caso *Philip Morris v. Uruguay*, por ejemplo, tanto la Organización Mundial de la Salud como la Organización Panamericana de la Salud intentaron ser oídas como *amici* en los procedimientos, para asegurar que los intereses comunitarios que representaron pudieran ser tomados en consideración adecuadamente. El tribunal de inversiones les concedió su petición y abordó durante todo el laudo las observaciones presentadas por estos, apoyándose en ellas en varias ocasiones para arribar a sus conclusiones sobre los asuntos más importantes.¹²¹ Otro desarrollo alentador es el en-

de 2014; *Biwater Gauff v. Tanzania*, Caso CIADI Núm. ARB/05/22, Award, 24 julio de 2008, párr. 366; y *Glamis Gold v. United States*, *op. cit.*; *Grand River v. United States*, Caso CIADI Núm. ARB/10/5, Award, 12 enero de 2011, párr. 60.

¹¹⁷ *Aguas del Tunari, SA v. República de Bolivia*, Caso CIADI Núm. ARB/02/3, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, 21 de octubre de 2005, párrs. 15-18; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and InterAgua Servicios Integrales del Agua SA v. La República Argentina*, Caso CIADI Núm. ARB/03/17, Order in Response to a Petition for Participation as *Amicus Curiae*, 17 de marzo de 2006.

¹¹⁸ Véase por ejemplo *Biwater Gauff v. Tanzania*, Caso CIADI Núm. ARB/05/22, Procedural Order No 5, 2 febrero de 2007, y *Piero Foresti v. South Africa*, Caso CIADI Núm. ARB(AF)/07/01, Letter from ICSID Regarding Non-Disputing Parties, 5 de octubre de 2009. Para una visión general de la participación de *amicus curiae* en el arbitraje de inversiones, véase Bastin, Lucas, "The Amicus Curiae in Investor-State Arbitration", *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 1, núm. 3, 2012, p. 208.

¹¹⁹ Véase regla 37(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI; artículo 4 del Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado; artículo 28(3) del TBI Modelo de los Estados Unidos, *op. cit.*, y artículo 39 del Acuerdo Modelo de Protección de Inversiones de Canadá.

¹²⁰ Otros derechos procesales reclamados por *amici*, tales como asistir a las audiencias y realizar observaciones orales, fueron principalmente rechazadas. Véase Bastin, Lucas, *op. cit.*, pp. 215-221.

¹²¹ *Philip Morris v. Uruguay*, *op. cit.*, párrs. 306, 391, 393-394, 396 y 407. Sobre las decisiones del tribunal de permitir las presentaciones de *amici* a la luz de la implicación de intereses

foque proactivo adoptado por el tribunal en *Eli Lilly v. Canadá* al emitir una invitación pública para cualquier persona interesada en solicitar permiso para presentar observaciones escritas al tribunal a la luz de los intereses comunitarios implicados en ese caso.¹²²

Pese a estas incursiones alentadoras en relación a la transparencia y la participación de *amici*, todavía hay un considerable margen de mejora. Primero, el grado en el que los tribunales consideran los argumentos presentados por los *amici*, y la medida en la que influyen la toma de decisiones, sigue siendo en gran parte un misterio. Esta situación requiere el desarrollo de un mecanismo que asegure que los tribunales toman claramente en consideración las presentaciones de *amici*, principalmente en su razonamiento. Si bien el enfoque del tribunal en el caso *Philip Morris v. Uruguay* es un desarrollo prometedor en este aspecto, queda por ver si un compromiso así de importante con las presentaciones de *amici* se vuelve la norma. Al mismo tiempo, el abuso de las presentaciones de *amici* con el propósito de paralizar los procesos efectivos debe ser evitada.¹²³ Por otro lado, también se necesitan mejoras en relación a las disputas de inversiones que, o bien no son tratadas por el CIADI, o no son resueltas en virtud de AII. En muchos casos hay una falta absoluta de conocimiento de estas disputas. Por lo tanto, se necesitan acciones para asegurar que todas las áreas de las relaciones internacionales de inversiones cuenten con la suficiente transparencia y así evitar conflictos con intereses comunitarios opuestos.

B. Reducción de parcialidad proinversor en los tribunales arbitrales

Los cambios que se están realizando en el sistema de DII aseguran que los intereses comunitarios sean tomados en consideración; sin embargo, solo serán efectivos si el riesgo de parcialidad proinversor por parte de los tribunales de arbitraje se reduce al máximo posible.¹²⁴ Tal vez de forma inesperada, es

públicos, véase *ibidem*, Procedural Order No 3, 17 de febrero de 2015, y Procedural Order No 4, 24 de marzo de 2015.

¹²² CIADI, *Eli Lilly and Company v. Government of Canada* (Caso CIADI Núm. UNCT/14/2) – Amici Curiae, comunicado de prensa, 5 de noviembre de 2015, disponible en: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/News.aspx?CID=155>.

¹²³ Sobre inconvenientes potenciales de la participación de *amici curiae*, véase Fach-Gómez, Katia, “Rethinking the Role of the Amicus Curiae in International Investment Arbitration: How to Draw the Line Favorably for the Public Interest”, *Fordham International Law Journal*, vol. 35, núm. 2, 2012, pp. 548-554.

¹²⁴ Sobre el problema de la parcialidad proinversor, Van Harten, Gus, “Arbitrator Behaviour in Asymmetrical...”, *cit.*

precisamente la flexibilidad del régimen de ISDS, que es objeto de críticas, lo que permite que se realicen dichos ajustes sin la necesidad de cambios profundos en la manera en la que opera el sistema. Incluso si los árbitros tienen interés en obtener nombramientos futuros y en que el arbitraje inversor-Estado continúe, sugerir que esto se puede conseguir mejor a través de un simple favoritismo *vis-à-vis* los inversores es tener una visión algo miope. En lugar de eso, se necesita comprender que, a largo plazo, son los Estados los que controlan el destino de la ISDS. Estos tienen el poder de ajustar, renegociar e incluso desmantelar el sistema. En consecuencia, a menos que los árbitros quieran arriesgar que el sistema en vigor sufra un rechazo fundamental, y arriesgar que el número de sus futuros nombramientos disminuya, los árbitros deberían tener un interés en emitir decisiones que equilibren de forma apropiada la protección de las inversiones y los intereses comunitarios no económicos de acuerdo a las preferencias de la comunidad internacional y sus intereses comunitarios. Ello implicaría el requisito de que tomen en consideración los intereses comunitarios no económicos a la hora de tomar sus decisiones, y que minimicen los conflictos con la protección de las inversiones.¹²⁵

Además, los propios nombramientos de árbitros también son medios para que los Estados influyan la composición del tribunal, designando a árbitros con antecedentes y habilidades que aseguren que los intereses comunitarios específicos implicados en una controversia sean tomados en consideración adecuadamente durante el arbitraje.¹²⁶ También se podrían lograr efectos positivos en términos de orientar el entendimiento por parte de los tribunales de inversiones de los intereses comunitarios afectados mediante la designación de expertos en el ámbito de los intereses comuni-

¹²⁵ Véase Schill, Stephan W., “In Defense of International Investment Law”, en Bungenberg, Marc *et al.* (eds.), *European Yearbook of International Economic Law*, Springer, vol. 7, 2016, pp. 321-323. Faltan estudios empíricos sistemáticos en relación a cómo el interés por ser nombrado nuevamente afecta a la toma de decisiones de los árbitros. Sin embargo, existen estudios empíricos que indican que los Estados tienen más éxito a la hora de defenderse de las demandas de inversores que los inversores a la hora de ganar dichas demandas. Véase Franck, Susan D., “Development and Outcomes of Investment Treaty Arbitration”, *Harvard International Law Journal*, vol. 50, núm. 2, 2009, p. 447; Franck, Susan D., “Empirically Evaluating Claims About Investment Treaty Arbitration”, *North Carolina Law Review*, vol. 86, núm. 1, 2007, p. 49.

¹²⁶ Curiosamente, en un caso excepcional en el que fue empleado este enfoque, fue el demandante y no el demandado el que hizo uso de él. Véase *Grand River v. United States*, *op. cit.*, párrs. 128-145, 186-187, 205-221 y 247; donde los inversores, que eran miembros de un pueblo indígena, nombraron al profesor James Anaya, un anterior Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, como árbitro, lo cual añadió una perspectiva diferente al tribunal y proporcionó una mejor acogida de los intereses del grupo indígena implicado.

tarios opuestos en cuestión.¹²⁷ Por último, el aumento de la independencia e imparcialidad de los árbitros y la reducción de la parcialidad proinversor que surge de la integración de los árbitros en el mundo de los grandes despachos de derecho comercial puede ser apoyada a través de regulaciones éticas más rigurosas para los árbitros,¹²⁸ así como a través de la restricción para los individuos de adoptar una doble función como árbitro y abogado en diferentes casos.¹²⁹ En conjunto, existe en la actual estructura del arbitraje de inversiones una variedad de herramientas para ayudar a minimizar la parcialidad proinversión o proinversor y para permitir un equilibrio justo entre la protección de las inversiones y los intereses comunitarios opuestos, o en última instancia, estas herramientas podrían ser introducidas a través de relativamente pequeños cambios orgánicos.

C. *Contrademandas*

Un último ejemplo de una vía procesal para aliviar las tensiones entre el DII y los intereses comunitarios opuestos es la posibilidad para los Estados de presentar contrademandas contra los inversores extranjeros en el arbitraje de inversiones. Esto podría proporcionar un importante mecanismo adicional para asegurar que los intereses comunitarios sean respetados por los inversores. Los intentos de presentar contrademandas de forma exitosa, sin embargo, todavía son excepcionales, ya que los tribunales han sido reacios a determinar

¹²⁷ Véase por ejemplo *Perenco Ecuador Ltd v. La República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, Caso CIADI Núm. ARB/08/6, Interim Decision on the Environmental Counterclaim, 11 agosto de 2015, párr. 611, donde el tribunal nombró a un experto medioambiental independiente para asistir en la determinación de la extensión de los daños ambientales.

¹²⁸ Véase por ejemplo la sección 3, artículo 11 de la Propuesta de la Unión Europea para el Capítulo sobre “La Protección de Inversiones y la Solución de Controversias en Materia de Inversiones” del TTIP (Propuesta de la Unión Europea para el TTIP) y anexo II, disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6059_en.htm; artículos 8.30 y 8.44.2 del AECG.

¹²⁹ Véase por ejemplo sección. 3, artículo 11 de la Propuesta de la Unión Europea para el TTIP; artículo 8.30 del AECG. Sobre los problemas que surgen de las dobles funciones, véase Eberhardt, Pia *et al.*, *op. cit.*, p. 23; Buergenthal, Thomas, “The Proliferation of Disputes, Dispute Settlement Procedures and Respect for the Rule of Law”, *Arbitration International*, vol. 22, núm. 4, 2006, pp. 497 y 498; Bernasconi-Osterwalder, Nathalie *et al.*, *Arbitrator Independence and Impartiality: Examining the Dual Role of Arbitrator and Counsel*, IV Annual Forum for Developing Country Investment Negotiators, Background Papers, 27-29 October 2010, International Institute for Sustainable Development, 2011, disponible en: www.iisd.org/pdf/2011/dci_2010_arbitrator_independence.pdf.

su competencia sobre estas demandas.¹³⁰ No obstante, prácticamente todos los tribunales han aceptado en principio la noción de que las contrademandas pueden ser presentadas;¹³¹ y decisiones recientes auguran una práctica más liberal, ya que numerosos Estados demandados han conseguido exitosamente superar las barreras jurisdiccionales para presentar contrademandas,¹³² así como resultar la parte ganadora en dichas demandas.¹³³ Un avance especialmente importante es la decisión del caso *Burlington v. Ecuador*, en la que el tribunal acogió la contrademanda de Ecuador de que el inversor había causado un daño ambiental, y este último fue consecuentemente condenado a pagar casi 40 millones de USD en concepto de indemnización.¹³⁴

El examen de las contrademandas por parte del tribunal en este caso no solo ayudó a contextualizar toda la disputa a la luz de los intereses más amplios implicados en lugar de enfocarse únicamente en la perspectiva del inversor, sino que además el tribunal consideró que el inversor era responsable de los daños causados por ignorar las leyes internas que no solo protegen los intereses locales del Estado anfitrión, sino también intereses comunitarios más amplios. Otro avance hacia la responsabilidad de los inversores lo proporciona el reciente laudo en el caso *Urbaser v. Argentina*, donde el tribunal reconoció, en principio, que los inversores extranjeros pueden tener obligaciones bajo el derecho internacional de respetar los derechos humanos, incluso cuando tal obligación no sea impuesta por el TBI aplicable.¹³⁵ Desarrollos como este harán más probable que el cumplimiento por parte de los inversores de las normas que protegen los intereses comuni-

¹³⁰ Una actitud restrictiva por parte de los tribunales puede ser observada especialmente en controversias basadas en tratados. Véase *Spyridon Roussalis v. Romania*, Caso CIADI Núm. ARB/06/1, Award, 7 diciembre de 2011, párrs. 859-877; *Saluka Invs BV v. Czech Republic*, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's Counterclaim, 7 de mayo de 2004, párr. 80.

¹³¹ *Spyridon Roussalis v. Romania*, *op. cit.*, párrs. 864-866; *Saluka v. Czech Republic*, *op. cit.*, párrs. 38 y 39; *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability, 28 de abril de 2011, párr. 689.

¹³² Véase por ejemplo *Antoine Goetz and others v. Republic of Burundi*, Caso CIADI Núm. ARB/01/2, Award, 21 junio de 2012, párrs. 267-285; *Hesham TM Al Warraq v. Indonesia*, *op. cit.*, párrs. 655-672; *Urbaser SA and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzergoa v. La República Argentina*, Caso CIADI Núm. ARB/07/26, Award, 8 diciembre de 2016, párrs. 1143-1155.

¹³³ Véase *Perenco v. Ecuador*, *op. cit.*, párrs. 582-587.

¹³⁴ *Burlington Resources v. Ecuador*, *op. cit.*, párrs. 889 y 1099.

¹³⁵ *Urbaser v. Argentina*, *op. cit.*, párrs. 1193-1199 y 1210. Si bien el tribunal rechazó el argumento de Argentina de que el inversor había cometido una violación de derechos humanos al no proporcionar acceso al agua sobre la base de que el derecho internacional no

tarios —tanto a nivel local como internacional— pueda ser asegurado en el futuro. De nuevo, la presentación y admisión de contrademandas es un mecanismo al cual ya se puede recurrir en virtud de muchos AII vigentes (pero no todos), dependiendo en todo caso de la redacción concreta del tratado en cuestión.¹³⁶ La inclusión de cláusulas en AII futuros que explícitamente permitan las contrademandas sería por lo tanto recomendable.

En resumen, las tres áreas de derecho procesal discutidas arriba pueden facilitar la armonización entre la protección de las inversiones y los intereses comunitarios opuestos. Estos aspectos han demostrado que, usadas adecuadamente, las actuales características procesales del DII poseen una capacidad considerable de minimizar los conflictos con los intereses comunitarios opuestos. Tan solo es cuestión, para todos los implicados, las partes así como los árbitros y consejeros, de aprender a cultivar ese potencial lo mejor posible. Los cambios en las estructuras del DII y de la ISDS, tal como se debaten actualmente, si bien posiblemente conduzcan a integrar mejor los intereses comunitarios en el DII, no son estrictamente necesarios para conseguir tal propósito. Por el contrario, hay un gran territorio, en gran parte desconocido, para explorar cómo los conflictos entre el DII y los intereses comunitarios opuestos pueden ser minimizados, tanto en el procedimiento de arbitraje de inversiones como en el DII sustantivo. De esta manera, la ISDS puede ser utilizada para implementar los intereses comunitarios no económicos.

IV. EL DII Y LOS INTERESES COMUNITARIOS: ASUNTOS PENDIENTES

Este capítulo ha explorado cómo el DII puede ayudar a promover ciertos intereses comunitarios, principalmente económicos, y cómo se pueden atenuar las tensiones inevitables con intereses comunitarios opuestos. Aunque el potencial del DII de interferir en la realización de los intereses comunitarios no económicos es muy real y no debería ser subestimado, los instrumentos y mecanismos que los tribunales de inversiones pueden usar para minimizar los

imponer una obligación explícita para los actores privados en este sentido, también reconoció que existe una obligación de abstenerse de violar estos derechos.

¹³⁶ Compárese, por ejemplo, la cláusula de resolución de controversias del TBI aplicable interpretado por el tribunal en el caso *Spyridon Roussalis v. Romania*, *op. cit.*, párrs. 868 y 869, que no se consideró suficientemente amplia para permitir contrademandas contra los inversores, con la cláusula de resolución de disputas del TBI aplicable en el caso *Antoine Goetz v. Burundi*, *op. cit.*, párrs. 276-285, que el tribunal consideró como suficientemente amplia para abarcar dichas contrademandas.

conflictos están disponibles y, en gran medida, ya están siendo utilizados. Esto incluye las técnicas interpretativas dirigidas a una mejor integración de los intereses comunitarios no económicos en el marco del DII, tanto en cuanto al derecho substantivo como al procedimiento de resolución de controversias. Además, los esfuerzos constantes por renegociar los tratados vigentes o recalibrar el procedimiento de arbitraje de inversiones a la luz de los enfoques del derecho público, entre otros a través de una reforma de las reglas de arbitraje y de la Convención de Mauricio sobre Transparencia, también están dirigidos a minimizar los efectos negativos del DII sobre los intereses comunitarios no económicos.

No obstante, es difícil no tener la impresión de que el potencial conciliatorio al que hemos apuntado en este capítulo está lejos de haber sido explorado y puesto en práctica por completo. Por el contrario, todavía hay un camino considerable por recorrer para asegurar que el DII no socave los intereses comunitarios no económicos. En consecuencia, se requiere un esfuerzo aumentado y armonizado por parte de todos los actores implicados —negociadores de tratados, funcionarios estatales, árbitros, académicos y sociedad civil— para lograr este objetivo. El DII solo podrá ser considerado como un instrumento que contribuye a promover intereses comunitarios como el crecimiento económico, la promoción del Estado de derecho y el desarrollo sostenible, si se atienden, en la mayor medida posible, las tensiones con los intereses comunitarios no económicos.

Al mismo tiempo, hay áreas respecto a la promoción y protección de intereses comunitarios económicos en las que la contribución del DII presenta una serie de deficiencias. Una de estas brechas continuas es la falta de regulación de la conducta y obligaciones de los inversores a nivel internacional.¹³⁷ Si bien en muchas ocasiones los Estados tienen la capacidad y voluntad suficiente para regular la conducta de los inversores e imponerles obligaciones en virtud de su derecho nacional para que respeten los intereses comunitarios no económicos, contar con instituciones internas disfuncionales puede resultar en una falta de regulación o de implementación. El hecho de que generalmente no se impongan obligaciones a los inversores extranjeros en el derecho internacional¹³⁸ puede conducir a un desequilibrio entre la protección otorgada a la inversión extranjera y a los intereses comunitarios

¹³⁷ Véase Reinisch, August, “Human Rights Extraterritoriality: Controlling Companies Abroad”, en Benvenisti, Eyal y Nolte, Georg (eds.), *Community Interests Across International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 396.

¹³⁸ Véase sin embargo la decisión del tribunal en *Urbaser v Argentina*, *op. cit.*, que podría ser indicativo de una mayor disposición de los tribunales arbitrales de imponer obligaciones a los inversores a nivel internacional.

no económicos. Aunque algunos AII, como el Acuerdo de Inversiones de la Organización de la Conferencia Islámica,¹³⁹ ya imponen ciertas obligaciones a los inversores, y aunque se hayan desarrollado un gran número de enfoques de *soft-law* con el mismo propósito,¹⁴⁰ aún se necesitan realizar grandes avances en el requisito de los gobiernos de regular de forma efectiva la conducta de los inversores. Marcos conceptuales, en particular el marco desarrollado por el antiguo Representante Especial de la Secretaría General de la ONU para Comercio y Derechos Humanos, John Ruggie,¹⁴¹ y tratados modelo que tienen como objetivo incluir obligaciones para los inversores en los AII,¹⁴² existen hoy en día. El siguiente paso sería que todos los Estados incluyesen este tipo de obligaciones en su práctica actual al elaborar tratados y considerar si deberían crearse mecanismos de cumplimiento para intereses comunitarios no económicos en el derecho internacional.

Otra deficiencia relacionada con problemas institucionales a nivel interno se refiere al acceso asimétrico a la resolución internacional de conflictos. Mientras los inversores extranjeros tienen acceso tanto a la ISDS de manera externa como a la jurisdicción nacional del Estado, las comunidades negativamente afectadas por proyectos de inversiones extranjeras solo tienen vías de recurso, ya sea contra los inversores extranjeros o contra su propio Estado, a través de los tribunales nacionales. Lo mismo sucede con los inversores nacionales. La consiguiente desigualdad en el acceso a la solución de controversias no solo es preocupante desde la perspectiva democrática y capaz de distorsionar la competencia en el mercado entre los inversores nacionales e internacionales, sino también hace que amplias partes de la solución de controversias en tribunales nacionales estén exentas de ser supervisadas por las instituciones internacionales. Esto podría ser un desincentivo para los gobiernos de Estados anfitriones de mejorar sus sistemas judiciales internos e implementar estándares internacionalmente aceptables en la administración de justicia bajo el concepto de Estado de

¹³⁹ Artículo 9 del Acuerdo para la Promoción, Protección y Garantía de las Inversiones entre los Estados miembros de la Organización de la Conferencia Islámica (firmado el 5 de junio de 1981, entró en vigor el 23 de septiembre de 1986).

¹⁴⁰ Para una visión general de estos instrumentos de *soft-law*, véase Jacob, Marc y Schill, Stephan W., "Going Soft: Towards a New Age of Soft Law in International Investment Law?", *World Arbitration & Mediation Review*, vol. 8, núm. 1, 2014, pp. 15-33.

¹⁴¹ Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework*, HR/PUB/11/04, 2011, disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf.

¹⁴² Véase por ejemplo los artículos 11 y 12 del TBI Modelo de India (2016), disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3560>.

derecho, incluso si ningún inversor extranjero en concreto ha sido afectado. No obstante ello, desde la perspectiva del objetivo del DII de mejorar el nivel de buena gobernanza para así incentivar el crecimiento económico y contribuir a la creación de una base financiera en favor del desarrollo sostenible, las instituciones domésticas necesitan una mejora de modo generalizado, y no solo en la medida en la que los inversores extranjeros sean afectados. Esto, por supuesto, requeriría que el DII fuese más allá de sus raíces, situadas en la protección diplomática y el derecho internacional de la protección de los extranjeros, pero sería el siguiente paso lógico si se quiere llevar al siguiente nivel la contribución positiva del DII a los intereses comunitarios económicos.

En cualquier caso, a nivel conceptual, parece importante destacar que la función del DII de promover los intereses comunitarios económicos, e indirectamente también algunos intereses no económicos, hasta el momento ha permanecido ampliamente inexplorada. Por el contrario, la capacidad del DII de afectar negativamente a los intereses comunitarios no económicos ha atraído casi toda la atención. Esta situación no ayuda a apreciar adecuadamente el DII y su potencial de contribuir a la promoción de los intereses comunitarios en general. En este sentido, tener al DII como un sistema que funciona bien para la gobernanza de las relaciones internacionales de inversiones, ya sea administrado por tribunales arbitrales o por un tribunal permanente de inversiones, es de gran importancia para toda la comunidad internacional y parece indispensable en la búsqueda del desarrollo sostenible y de la buena gobernanza bajo el Estado de derecho. Una visión completa y equilibrada de este subsistema del derecho internacional solamente puede ser lograda mediante el reconocimiento de estas contribuciones positivas del DII a la promoción de los intereses comunitarios.

OPCIONES PARA UN TRATADO SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS. AVANCES Y ESTADO DEL ARTE

Douglass CASSEL*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes y contexto*. III. *Opciones para un tratado*. IV. *Cuestiones clave seleccionadas*. V. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

En el continente americano, los litigios de reformas estructurales se han centrado en demandas contra los Estados. Solo los Estados pueden ser demandados ante la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos. Incluso cuando hay pruebas de que una empresa privada puede haber estado implicada en violaciones de derechos humanos, únicamente el Estado puede ser adjudicado responsable por la Corte Interamericana.¹ En estos casos el Estado puede ser demandado no solo por su participación en violaciones, sino

* Profesor emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Notre Dame, y “Notre Dame Presidential Fellow Emeritus”, en los Estados Unidos de América. Consejero y expresidente del Consejo Directivo del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) y de la Fundación para el Debido Proceso Legal. Esta es una versión reducida y traducida del *White Paper: Options for a Treaty on Business and Human Rights*, elaborado por la American Bar Association (Colegio Estadounidense de Abogados), Centro de Derechos Humanos, y la Law Society de Inglaterra y Gales, en mayo de 2015, por los profesores Douglass Cassel, de la Notre Dame Law School, y Anita Ramasastry, de la University of Washington School of Law. El “White Paper” fue encargado conjuntamente para la American Bar Association (Colegio Estadounidense de Abogados), Centro de Derechos Humanos, y la Law Society de Inglaterra y Gales. Las opiniones expresadas son estrictamente las de los autores, y no necesariamente las de las organizaciones que lo encargan. Salvo algunas excepciones, esta versión resumida, elaborada solamente por el profesor Cassel, no ha sido actualizada con los acontecimientos posteriores a mayo de 2015. El “White Paper” original está disponible en: <http://scholarship.law.nd.edu/ndjicl/vol6/iss1/4/>. Traducción del inglés por Lucas Sánchez de Miquel.

¹ Véase por ejemplo Corte IDH, *Caso Masacre De Santo Domingo v. Colombia*, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 30 de noviembre de 2012, Serie C No. 259, párrs. 55, 59, 163 y 246; las relaciones de empresas transnacionales con las violaciones

también por su fracaso a la hora de proteger a las personas de las violaciones cometidas por empresas privadas.² Ello conlleva que cuando los tribunales nacionales se basan en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, como parte del *Ius Constitutionale Commune*,³ forzosamente se centran en las responsabilidades de los Estados, y no de las empresas privadas.

Incluso cuando las empresas privadas son procesadas ante tribunales nacionales por violar derechos humanos y ambientales, cualquier sentencia resultante tenderá a centrarse en ordenar el pago de indemnizaciones pecuniarias,⁴ pero ninguna reforma estructural. Sin embargo, esta situación podría cambiar. Si la actual exploración de las Naciones Unidas sobre un tratado sobre empresas y derechos humanos prosperase, un posible resultado podrían ser los litigios de reformas estructurales contra grandes empresas.

En junio de 2014 varios Estados miembros del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas decidieron establecer un grupo de trabajo intergubernamental para “elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos”.⁵ De este modo, liderados por Ecuador y Sudáfrica y apoyados por 20 Estados miembros del Consejo (14 Estados se opusieron, incluyendo los EE.UU. y el Reino Unido, mientras que 13 se abstuvieron), y precedidos por el impulso de cientos de organizaciones de la sociedad civil, el Consejo inició un proceso para elaborar un tratado sobre empresas y derechos humanos. Hasta la fecha el grupo de trabajo se ha reunido dos veces en Ginebra en la fase de recopilar información, y está a punto de elaborar elementos para un tratado; el proceso de redacción probablemente va a durar años.

Muchas preguntas se plantean al respecto. ¿Tendrán éxito las negociaciones? Si va a haber un tratado sobre empresas y derechos humanos,

de derechos humanos en el caso son “plausibles”, pero no hay ni alegatos ni pruebas suficientes para comprobar violación del deber del Estado de investigar tales relaciones.

² CIDH, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, 31 de diciembre de 2015, párrs. 46-54, 334; A. 10-14.

³ Véase en general 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.

⁴ Véase Cassel, Douglass, “Outlining The Case For A Common Law Duty Of Care Of Business To Exercise Human Rights Due Diligence”, *Business And Human Rights Journal*, vol. 1, núm. 2, 2016, pp. 179-202.

⁵ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Resolución 26/9, Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*, A/HRC/RES/26/9, 26 de junio de 2014, párr. 1.

¿qué tipo de tratado será? Las posibilidades abarcan desde un tratado que imponga requisitos mínimos de que las empresas publiquen informes, hasta uno que establezca un tribunal especial en el que las entidades comerciales puedan ser demandadas o procesadas penalmente por violaciones de derechos humanos. ¿Cuáles son las cuestiones trascendentales que los redactores tendrán que abordar para los diversos tipos de tratado? Y en caso de que se adopte algún tipo de tratado, ¿qué posibilidades tiene de ser ampliamente ratificado por los Estados? ¿O correrá el riesgo de volverse, en efecto, un huérfano del derecho internacional?

Este artículo no tiene intención de posicionarse ni a favor ni en contra de un tratado sobre empresas y derechos humanos. Tampoco procederá a apoyar u oponerse a alguna forma o contenido particular en cuanto al tratado. Su propósito es meramente informacional: educar a las personas interesadas sobre cuestiones y opciones relativas al tratado. Este artículo se divide en tres secciones: antecedentes y contexto; opciones para el contenido de un tratado; y cuestiones clave seleccionadas.

II. ANTECEDENTES Y CONTEXTO

Hace una generación a menudo se afirmaba que solo los Estados tenían la responsabilidad institucional de proteger los derechos humanos, y que únicamente los actores estatales podían violar los derechos humanos. En los últimos años la posición predominante ha cambiado drásticamente. En 2014, una encuesta de confianza indicaba que los altos ejecutivos corporativos mayoritariamente perciben una responsabilidad de proteger los derechos humanos,⁶ mientras que los 47 Estados miembros del Consejo de Derechos Humanos de la ONU (incluyendo a los EE.UU.), por consenso exhortaron a “todas las empresas a que cumplan con su responsabilidad de respetar los derechos humanos de conformidad con los Principios Rectores [de la ONU sobre empresas y derechos humanos]”.⁷ ¿Cómo se llegó a este nuevo consenso?

En 2005, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU (más adelante reconstituida como Consejo de Derechos Humanos) solicitó al Secretario General de la ONU, Kofi Annan, que nombrase a un representante especial

⁶ La encuesta fue citada en Cassel, Douglas y Ramasastry, “White Paper: Options for a Treaty on Business and Human Rights”, *Notre Dame Journal of International Comparative Law*, vol. 6, 2016, p. 3.

⁷ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Resolución 26/22, Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/RES/26/22, 15 de julio de 2014, párr. 3.

para el tema de “derechos humanos y empresas transnacionales y otras empresas comerciales”.⁸ Annan nombró al politólogo de la Universidad de Harvard John Ruggie. El enfoque del mandato de Ruggie ha prestado especial (pero no exclusiva) atención al papel de las empresas transnacionales y sus inversiones y operaciones en Estados anfitriones —abordando cuestiones sobre la incidencia de estas empresas en operaciones fuera de su jurisdicción nacional. El mandato inicial de Ruggie consistía, entre otras aspectos, en “señalar y aclarar normas uniformes sobre la responsabilidad empresarial y la rendición de cuentas de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos”, así como “precisar la función que incumbe a los Estados en la regulación y arbitraje efectivos del papel de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales con respecto a los derechos humanos, en particular mediante cooperación internacional”.⁹

1. *El Marco de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos:*
“proteger, respetar, remediar”

En 2008, después de extensos estudios y consultas, Ruggie recomendó un “Marco” sobre empresas y derechos humanos, compuesto por tres partes: “proteger, respetar y remediar”.¹⁰ El Marco “abarca tres principios fundamentales”, concretamente, el “*deber del Estado* de proteger frente a los abusos de derechos humanos cometidos por terceros, en particular las empresas”; “la *obligación de las empresas* de respetar los derechos humanos” y “la necesidad de *vías más efectivas* a los recursos”.

Se indicó, además, que “[l]os tres principios constituyen un conjunto complementario en el que cada cual apoya a los demás a lograr progresos sostenibles”.¹¹

⁸ Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Resolución 2005/69, *Derechos humanos y empresas transnacionales y otras empresas comerciales*, E/CN.4/RES/2005/69, 20 de abril de 2005.

⁹ *Ibidem*, párr. 1.

¹⁰ Representante especial del secretario general sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales (John Ruggie), *Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos. Informe del representante especial del secretario general sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales*, A/HRC/8/5, 7 de abril de 2008.

¹¹ *Ibidem*, párr. 9.

Ruggie identificó la “causa última” de los problemas contemporáneos relacionados con las empresas y los derechos humanos como “lagunas de gestión”

...lagunas de gestión debidas a la globalización, que han surgido entre el alcance y los efectos de las fuerzas y actores económicos, por una parte, y la capacidad de las sociedades para gestionar sus consecuencias adversas, por la otra. Estas lagunas de gestión crean un entorno permisivo para actos ilícitos de las empresas de todo tipo sin que haya sanciones o reparaciones adecuadas. Cómo reducir y en definitiva superar las lagunas relacionadas con los derechos humanos es nuestro problema fundamental.¹²

El Marco tripartito fue su respuesta a esas lagunas de gestión. Señaló que el derecho internacional de los derechos humanos dispone que los Estados tengan el deber jurídico de proteger a las personas bajo su jurisdicción de los abusos a sus derechos humanos, incluyendo aquellos cometidos por empresas¹³ (o en los cuales hay complicidad de las empresas).¹⁴ Esto se conoce como el “Pilar Uno” del Marco tripartito. Lo que es llamado “Pilar Dos” del Marco es la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos. Ruggie articuló la “responsabilidad empresarial de respetar” no como una nueva obligación jurídica internacional, sino como un deber asumido que “dimana de la expectativa básica que la sociedad tiene de las empresas”.¹⁵ Ello es “parte de lo que a veces se denomina la licencia social de la empresa para operar”.¹⁶ Ruggie indicó que organizaciones internacionales tales como la Organización Internacional del Trabajo y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, así como importantes organizaciones comerciales y las empresas que se han unido al Compacto Global de la ONU, reconocen que las empresas tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos.¹⁷ En esencia, la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos tiene dos componentes. El primero es una obligación negativa: “Respetar los derechos humanos significa básicamente no infringir los derechos de los demás, es decir, no causar perjuicios”.¹⁸

¹² *Ibidem*, párr. 3.

¹³ *Ibidem*, párrs. 18-22.

¹⁴ *Ibidem*, párrs. 73-81.

¹⁵ *Ibidem*, párr. 9.

¹⁶ *Ibidem*, párr. 54.

¹⁷ *Ibidem*, párr. 23.

¹⁸ *Ibidem*, párr. 24.

El segundo es una responsabilidad positiva: “Lo que se requiere es la debida diligencia, es decir, una conducta por la cual las empresas no sólo garantizan el cumplimiento de las leyes nacionales sino que controlan el riesgo de causar perjuicios a los derechos humanos con miras a evitarlo. El ámbito de la debida diligencia en relación con los derechos humanos viene determinada por el contexto en el que opera una empresa, por sus actividades y las relaciones vinculadas con esas actividades”.¹⁹ Esta responsabilidad dual es aplicable para todos los derechos humanos enumerados en un conjunto básico de tratados de derechos humanos: “Dado que las empresas pueden afectar virtualmente a todos los derechos reconocidos internacionalmente, deberían considerar la responsabilidad de respetar todos esos derechos, aunque algunos puedan requerir mayor atención en algunos contextos”.²⁰ Sin embargo, asumir estas dos responsabilidades no siempre es suficiente: “Hay situaciones en que las empresas pueden tener responsabilidades adicionales: por ejemplo, cuando desempeñan determinadas funciones públicas o cuando han asumido voluntariamente compromisos adicionales. Pero la responsabilidad de respetar constituye la expectativa básica de todas las empresas en todas las situaciones”.²¹

El Tercer Pilar del Marco requiere un remedio para las víctimas en los casos en los que se produzcan violaciones de derechos humanos. Los Estados tienen la responsabilidad de proporcionar remedios tanto judiciales como extrajudiciales, mientras que las empresas tienen la responsabilidad de proporcionar remedios extrajudiciales para las violaciones en las que estén involucradas.²² Por consenso, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU formalmente “celebró” el Marco tripartito de Ruggie y reconoció la “necesidad de operacionalizarlo”.²³

2. *Los Principios Rectores de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos*

Después de más investigación y consultas, Ruggie presentó en 2011 un conjunto de 31 “Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos”,

¹⁹ *Ibidem*, párr. 25.

²⁰ *Ibidem*, párr. 24; véase en general la sección IV.2 más adelante.

²¹ *Ibidem*, párr. 24.

²² *Ibidem*, párrs. 82-99.

²³ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Resolución 8/7, Mandate of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, A/HRC/14/29/Add.1, 18 de junio de 2008, párrs. 1 y 2 (traducción del autor).

junto con comentarios sobre cada uno de los Principios,²⁴ abarcando el deber estatal de proteger, la responsabilidad empresarial de respetar y la necesidad de proporcionar a las víctimas remedios efectivos.

El Consejo de Derechos Humanos de la ONU, también por consenso, formalmente “[hizo] suyos los Principios Rectores”,²⁵ conocidos hoy como los “Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos de la ONU”. Además del mandato permanente del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, el Consejo creó un Grupo de Trabajo, formado por cinco expertos independientes, encargado de supervisar y promover la efectiva implementación de los Principios Rectores.²⁶ También estableció un foro anual sobre empresas y derechos humanos, para facilitar el diálogo y el intercambio de experiencias en relación a los Principios Rectores, así como a otros asuntos generales sobre empresas y derechos humanos.²⁷

Desde 2011, el Grupo de Trabajo de expertos, asistido por la Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, ha realizado estudios y consultas, y ha emitido informes y recomendaciones.²⁸ El Grupo de Trabajo ha alentado particularmente a los Estados a adoptar Planes de Acción Nacional para implementar los Principios Rectores. También ha publicado una serie de directrices, tanto para el contenido de los planes como para el proceso mediante el cual los planes son adoptados.²⁹ Empezando en 2013, en junio de 2017 catorce Estados habían aprobado Planes de Acción Nacional, y otros 22 planes nacionales estaban en preparación.³⁰ Los Principios Rectores de la ONU destacan que los Estados han de desempeñar un papel esencial, y pueden usar una “combinación inteligente” de medidas —nacionales e internacionales, obligatorias y voluntarias— para

²⁴ Representante especial del secretario general sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales (John Ruggie), *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*, A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011.

²⁵ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Resolución 17/4, Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/RES/17/4, 6 de julio de 2011, párr. 1.

²⁶ *Ibidem*, párr. 6.

²⁷ *Ibidem*, párr. 12.

²⁸ Véase de forma general su página web en: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/WGHRandtransnationalcorporationsandotherbusiness.aspx>.

²⁹ Grupo de Trabajo de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos, *Guidance on National Action Plans on Business and Human Rights*, Version 1.01, diciembre de 2014, disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/UNWG_%20NAPGuidance.pdf.

³⁰ Véase la lista en <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx>.

promover el respeto de las empresas a los derechos humanos.³¹ Las empresas también han logrado avances a la hora de adoptar políticas de derechos humanos, fortalecer los procesos de debida diligencia (*due diligence*) y otros aspectos relacionados con la implementación de los Principios Rectores.³² También la profesión jurídica ha participado en la promoción de los Principios Rectores.³³

3. Debate sobre un Tratado de Empresas y Derechos Humanos

No obstante, persiste la frustración. Muchos grupos de defensa de los derechos humanos informan de que, sobre el terreno, la situación no ha cambiado mucho desde la adopción de los Principios Rectores.³⁴ Además, está generalizada la opinión de que el tercer pilar de los Principios Rectores —acceso a remedios judiciales y extrajudiciales efectivos— no parece haber progresado significativamente. Los desalentadores obstáculos jurídicos y prácticos continúan impidiendo el acceso a la justicia para las partes perjudicadas por

³¹ Representante especial del secretario general sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales (John Ruggie), *Principios Rectores sobre las empresas...*, cit., comentario del principio núm. 3.

³² Véase en general por ejemplo World Business Council on Social Development, *Scaling Up Action on Human Rights: Operationalizing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, Ginebra, 2014, disponible en: <https://www.wbcsd.org/Clusters/Social-Impact/Resources/Operationalizing-the-UN-Guiding-Principles-for-Business-and-Human-Rights>. En 2015, 34 de las 50 mayores empresas del mundo tenían una declaración pública sobre derechos humanos; Business and Human Rights Resource Centre, *LAUNCH: Corporate & Government Action on Human Rights Revealed*, 25 de febrero de 2015, disponible en: http://business-humanrights.org/en/launch-corporate-government-action-on-human-rights-revealed?utm_source=Business+%26+human+rights+-+Weekly+Update&utm_campaign=df1a8c93f3-Weekly_Update_25_February_20152_24_2015&utm_medium=email&utm_term=0_3a0b8cd0d0-df1a8c93f3-174128041. Recientemente se ha introducido el primer marco de información específicamente para los Principios Rectores; Shift y Mazars, UN Guiding Principles Reporting Framework, *First Comprehensive Guidance for Companies on Human Rights Reporting Launches in London*, 24 de febrero de 2015, disponible en: http://www.ungpreporting.org/wp-content/uploads/2015/02/UNGPRF_launchPR_20Feb20151.pdf.

³³ Véase por ejemplo Ovejero Puente, Ana María (coord.), *El papel del abogado en la implantación de los Principios Ruggie. 8 buenas prácticas para abogados de negocios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

³⁴ Véase por ejemplo las observaciones finales de Audrey Gaughran, de Amnistía Internacional, en el Foro de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos, 3 de diciembre de 2014, video disponible en: <http://webtv.un.org/meetings-events/human-rights-council/forum-on-business-and-human-rights/watch/closing-conversation-strategic-paths-forward-forum-on-business-and-human-rights-2014/3925402001001>.

la participación de empresas en violaciones de derechos humanos, especialmente en el contexto transnacional.³⁵

En 2013, el debate estaba bien avanzado.³⁶ Algunos argumentaban que los Principios Rectores aún eran bastante nuevos y estaban aumentando en impacto, y que todas las partes interesadas todavía necesitaban más tiempo para implementarlos de forma más completa. Otros sostuvieron que en cualquier caso los Principios Rectores eran demasiado débiles, y que más tiempo solo prolongaría su ineficacia.³⁷ En junio de 2014, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU decidió crear un grupo de trabajo intergubernamental para “elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos”.³⁸

Impulsada por Ecuador y Sudáfrica, la iniciativa fue apoyada por solamente 20 de los 47 Estados miembros del Consejo. Catorce Estados se opusieron y trece se abstuvieron. En el voto hubo un notable patrón geopolítico y geoeconómico. La mayoría de Estados que votaron a favor eran de África o Asia. Los Estados que se opusieron incluyen a todos los Estados europeos del Consejo (excepto Rusia), además de los EE.UU., Japón y la República de Corea. La oposición liderada por los EE.UU., el Reino Unido y la Unión Europea fue intensa. No solo votaron en contra de la resolución, sino que declararon además que rechazarían participar en el grupo de trabajo intergubernamental. Los EE.UU. se opusieron por varias razones, argumentando entre otros aspectos que los Estados no tuvieron tiempo suficiente para implementar los Principios Rectores, los cuales ya

³⁵ Véase en general por ejemplo Zerk, Jennifer, *Corporate Liability for Gross Human Rights Abuses: Towards a Fairer and More Effective System of Domestic Law Remedies*, 2014, disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/DomesticLawRemedies/StudyDomesticLawRemedies.pdf>; Skinner, Gwynne et al., *The Third Pillar: Access to Judicial Remedies for Human Rights Violations by Transnational Business*, ICAR et al., 2013, disponible en: http://corporate-responsibility.org/wp-content/uploads/2013/09/thirdpillar_exec-summary.pdf.

³⁶ Para un amplio análisis sobre la necesidad de un tratado, véase Comisión Internacional de Juristas, *Needs and Options for a New International Instrument in the Field of Business and Human Rights*, Ginebra, 2014, disponible en: <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2014/08/International-Instrument-BHR-Exec-Sum-elec-version-light.pdf>, especialmente pp. 15-33.

³⁷ Véase al respecto Albin-Lackey, Chris, *Without Rules: A Failed Approach to Corporate Accountability*, Human Rights Watch, 2013, disponible en: https://www.hrw.org/sites/default/files/related_material/business.pdf.

³⁸ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Resolución 26/9, Elaboración de un instrumento...*, cit., párr. 1.

han marcado una diferencia significativa, pero que serán debilitados por esta “iniciativa competidora”.³⁹

Como siguiente paso para la presidencia del grupo de trabajo se determinó la redacción de una serie de “elementos” para un tratado, antes de la tercera reunión del grupo en octubre de 2017.⁴⁰ En esta reunión del grupo de trabajo se debatieron diversos aspectos de un posible tratado, basados en los “elementos” preparados por la presidencia. En este contexto, se escuchó también a varios expertos independientes y representantes de la sociedad civil. El grupo de trabajo solicitó a la presidencia realizar consultas informales con los Estados y las partes interesadas sobre los siguientes pasos en la elaboración del tratado.⁴¹ Una cuarta reunión del grupo de trabajo está prevista para octubre de 2018.⁴² Entonces se podrá al fin dar comienzo a las verdaderas negociaciones.

III. OPCIONES PARA UN TRATADO

Existe un amplio abanico de posibilidades para la forma y el contenido de un posible tratado sobre empresas y derechos humanos. El mandato del Grupo de Trabajo intergubernamental únicamente especifica que consiste en “elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos”.⁴³

La negociación del proceso podría conducir a un instrumento que sea desde un tratado comparativamente débil o minimalista, que simplemente exija informes públicos sobre derechos humanos por parte de grandes empresas públicas (tal y como se requirió recientemente por la Unión Europea

³⁹ Misión Permanente de los Estados Unidos de América ante la ONU y otras organizaciones internacionales en Ginebra, *Proposed Working Group Would Undermine Efforts to Implement Guiding Principles on Business and Human Rights*, 26 de junio de 2014, disponible en: <https://geneva.usmission.gov/2014/06/26/proposed-working-group-would-undermine-efforts-to-implement-guiding-principles-on-business-and-human-rights/> (traducción del editor).

⁴⁰ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Resolución 26/9, Elaboración de un instrumento...*, *cit.*, párr. 3.

⁴¹ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Report on the Third Session of the Open-Ended Intergovernmental Working Group on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Respect to Human Rights*, A/HRC/37/67, 24 de enero de 2018, párr. 128 (c).

⁴² Véase ESCR-Net, *Treaty Negotiation Moves Forward to 2018*, 16 de enero de 2018, disponible en: <https://www.escri-net.org/news/2018/treaty-negotiation-moves-forward-2018>.

⁴³ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Resolución 26/9, Elaboración de un instrumento...*, *cit.*, párr. 1.

como parte de sus normas de información no financiera),⁴⁴ hasta un tratado fuerte que contemple recursos tanto civiles como penales, en los tribunales nacionales o internacionales, para las violaciones de derechos humanos perpetradas por empresas. La coalición global de ONG que reclaman un tratado, así como el principal patrocinador gubernamental (Ecuador), abogan por un tratado que se acerque a la parte “fuerte” del espectro.⁴⁵ Por el otro lado, no queda nada claro que el tratado que surja finalmente de un proceso de redacción por parte de la ONU atienda estos objetivos. Entre los extremos de un tratado fuerte y ningún tratado hay una amplia gama de resultados posibles en el proceso de redacción.

En lugar de intentar catalogarlos todos, simplemente señalaremos opciones ilustrativas, cada una de ellas siguiendo en parte el modelo de instrumentos globales o regionales que vinculan a Estados respecto a derechos humanos o a ámbitos relacionados, tales como la lucha contra la corrupción o el derecho ambiental.⁴⁶ Cada uno de estos modelos potenciales ha sido ampliamente ratificado o recientemente aprobado. Nuestra lista se divide en varias categorías, principalmente, tratados exigiendo principalmente la implementación al nivel nacional (sección 1 a continuación); y tratados que establecen mecanismos internacionales de supervisión (sección 2 a continuación).⁴⁷ En cada categoría de la lista se pasa, en líneas generales, de opciones de tratado relativamente “débiles” a relativamente “fuertes”. Una tercera categoría incluye tratados de “coherencia política”, mediante los cuales los Estados podrían revisar y modificar su legislación y acuerdos internacionales relativos a empresas para asegurar la coherencia con el deber estatal de proteger los derechos humanos (sección 3 a continuación). Una categoría final se refiere a tratados para sectores empresariales particulares o para ciertos tipos de violaciones de derechos humanos (sección 4 a continuación).

⁴⁴ Consejo de la Unión Europea, *New Transparency Rules on Social Responsibility for Big Companies*, 29 de septiembre de 2014, disponible en: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/intm/144945.pdf. Las nuevas normas se aplicarán solamente a las grandes empresas de interés público con más de 500 empleados y un balance financiero de 25.3 millones de USD o más, así como con un importe neto del volumen de negocios de 50.7 millones de USD o más.

⁴⁵ Para mayor análisis, véase Comisión Internacional de Juristas, *op. cit.*

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ Un tratado podría, por supuesto, exigir ambas opciones.

1. *Tratados de Implementación Nacional*

A. *Informes de Empresas*

Un tratado puede requerir a todas o a algunas empresas que informen públicamente sobre sus políticas de derechos humanos, así como sobre los riesgos, resultados e indicadores al respecto, tal vez utilizando el enfoque de “cumplir o explicar” (*comply or explain*), contenido en algunas normativas recientes sobre informes, como la Directiva de la Unión Europea de 2014 que requiere por parte de 6000 empresas de “interés público” la divulgación de cierta “información no financiera e información sobre diversidad”.⁴⁸

Un tratado de la ONU podría simplemente adoptar este requisito de informar existente en la UE, o uno similar, para los Estados que, a escala global, decidan adherirse al tratado. Una ventaja de este enfoque es que los 28 Estados miembros de la UE, ya vinculados al requisito de informar, y tal vez los actuales seis países candidatos de la UE, podrían adherirse fácilmente a un tratado que les obligue a hacer lo que actualmente ya están obligados a hacer. Esto podría fomentar una ratificación más amplia del tratado por otros Estados. Una desventaja, en caso de que el tratado de la ONU no fuese más allá de un requisito empresarial de informar, es que no cumpliría con los objetivos declarados por los principales partidarios del tratado, en términos de acceso a recursos efectivos y responsabilidad corporativa.

B. *Planificación Nacional*

El Consejo de Derechos Humanos de la ONU ha alentado a todos los Estados a adoptar Planes de Acción Nacional para implementar los Principios Rectores sobre Derechos Humanos de la ONU.⁴⁹ Hasta agosto de 2018, únicamente 21 Estados lo habían hecho, incluyendo al Reino Unido y a los Estados Unidos, y otros 23 están actualmente en el proceso de desarrollo de Planes.⁵⁰

⁴⁸ Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2014 por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos, DO L 330/1.

⁴⁹ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Resolución 26/22, *Los derechos humanos y las empresas...*, cit., párr. 2.

⁵⁰ Véase la lista en: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx>.

Un tipo de tratado podría requerir que todos los Estados lo hiciesen, así como fomentar la cooperación internacional para desarrollar los planes y compartir las mejores prácticas al respecto. El tratado podría incluso requerir a los Estados que adopten algunos o todos los elementos de la Guía del Grupo de Trabajo sobre los planes, o al menos animarlos a que los tomen en consideración.⁵¹

Una ventaja de este enfoque sería el hecho de clarificar que un tratado reforzaría la implementación de los Principios Rectores de la ONU, no la debilitaría. Una desventaja es que, por sí solo, no cumpliría con los objetivos de los principales partidarios de un tratado, puesto que centrarse en Planes de Acción Nacional hace hincapié en la actividad nacional sin supervisión o aplicación internacional, además de los potenciales enfoques divergentes entre gobiernos.

C. *Implementación empresarial de los Principios Rectores*

Un tratado podría ordenar:

- que los Estados cumplan con sus obligaciones bajo los Principios Rectores de la ONU, de “proteger” los derechos humanos de violaciones por parte de empresas o en las cuales estén implicadas empresas, también en relación a operaciones extraterritoriales de sus empresas, en el caso de que existan bases jurisdiccionales bajo el derecho internacional.⁵²
- que los Estados requieran de todas las empresas, o de las empresas a partir de cierto tamaño, el cumplimiento de sus obligaciones de “respetar” los derechos humanos, a través de la adopción de políticas de derechos humanos, procesos de debida diligencia, condiciones de derechos humanos en sus contratos de suministro en cadena, y mecanismos de reparación; y
- que los Estados y las empresas asuman sus responsabilidades judiciales y extrajudiciales de reparación.

Una ventaja de este enfoque es que alentaría la implementación efectiva de los Principios Rectores de la ONU, cuyo contenido básico ya está ampliamente

⁵¹ Véase US Department of State, *US National Action Plan on Responsible Business Conduct: Frequently Asked Questions*, 12 de febrero de 2015, pp. 17-36.

⁵² Véase la sección IV. 4 de este capítulo.

aprobado. Este enfoque se relaciona con la opción de Planes de Acción Nacional explicada anteriormente, pero va más allá especificando las acciones concretas que los Estados deben llevar a cabo para cumplir con las obligaciones del tratado. Sin embargo, existen algunos de los mismos desafíos planteados en la opción de los Planes de Acción Nacional. Gran parte del lenguaje de los Principios Rectores, así como de su comentario adjunto, es intencionalmente vago y flexible. Por lo tanto, en algunos puntos, el lenguaje del tratado necesitaría ser más preciso.

Un posible enfoque para un tratado de este tipo sería que los Estados adoptasen requisitos de debida diligencia obligatorios para sus empresas en relación a sus cadenas globales de suministro, de manera similar a la ley que recientemente se aprobó en Francia,⁵³ tal como fue alentado por una resolución del Parlamento Europeo.⁵⁴ Si un tratado obligase a los Estados a requerir de las empresas la debida diligencia en derechos humanos, o incluso de forma más general la observancia de los tres pilares de los Principios Rectores, también se podría considerar si la buena fe, demostrada mediante la observancia de los Principios Rectores (o la debida diligencia) podría ser una defensa, o al menos, una mitigación proporcional, de la responsabilidad civil o penal. Una disposición de este tipo podría proporcionar a las empresas un incentivo importante para cumplir con los Principios Rectores o para ejercer la debida diligencia, sin privar a las víctimas de una reparación por graves violaciones de derechos humanos.

Este enfoque de un tratado tiene la desventaja de que no cumple todos los objetivos de los principales partidarios del mismo.⁵⁵ Sin embargo, podría resultar aceptable para una amplia gama de Estados.

⁵³ Ley núm. 2017-399 de 27 de marzo de 2017, véase *Conseil Constitutionnel*, Decisión núm. 2017-750 DC de 23 de marzo de 2017 – *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, disponible en: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2017/2017-750-dc/communiquede-presses.148858.html>.

⁵⁴ Parlamento Europeo, *Resolución del Parlamento Europeo sobre el segundo aniversario del derrumbamiento del edificio Rana Plaza y la situación actual del Pacto de Sostenibilidad 2015/2589(RSP)*, 28 de abril de 2015, disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+MOTION+B8-2015-0364+0+DOC+XML+V0//ES>.

⁵⁵ Sin embargo, puede cumplir con algunos objetivos de algunos partidarios. El Secretario General de Amnistía Internacional recientemente declaró: “A treaty should require each state to pass laws to make corporate human rights due diligence mandatory...”; o sea, “[u]n tratado debería requerir a cada Estado parte la aprobación de leyes para hacer obligatoria la debida diligencia en derechos humanos”, Shetty, Salil, “Corporations Have Rights. Now We Need a Global Treaty on Their Responsibilities”, *The Guardian*, 22 de enero de 2015, disponible en: <https://www.theguardian.com/global-development-professionals-network/2015/jan/21/corporations-abuse-rights-international-law>.

D. *Tratado Marco*

Una manera de implementar los Principios Rectores de la ONU (u otros principios básicos sobre empresas y derechos humanos) podría ser un tratado diseñado para desarrollar un proceso continuo de revisión y elaboración de estándares adicionales a lo largo del tiempo. Esto podría ser el resultado de adoptar inicialmente un tratado “marco”, el cual solamente comprometa a los Estados miembros con unos principios generales, que posteriormente serían complementados con deberes más específicos a través de protocolos o acciones adicionales, basadas en la revisión de la práctica estatal a lo largo del tiempo.

Un ejemplo de un enfoque de este tipo es el régimen jurídico internacional universalmente ratificado sobre la capa de ozono en la atmósfera.⁵⁶ El régimen comenzó el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono de 1985.⁵⁷ Como progresaron los análisis científicos sobre el deterioro de la capa de ozono, los Estados miembros acordaron adoptar medidas más específicas en el Protocolo de Montreal sobre Sustancias que Deterioran la Capa de Ozono.⁵⁸ Además, los Estados incluyeron en el Protocolo de Montreal una “provisión de ajuste única”: Las partes acordaron responder con celeridad a la nueva información científica y acelerar la reducción de las sustancias químicas incluidas en la Convención tanto como fuese necesario, a través de ajustes que serían “automáticamente aplicables a todos los países que ratificaron el Protocolo”.⁵⁹ Desde su adopción inicial, el Protocolo de Montreal ha sido modificado seis veces, sin la necesidad de adoptar un nuevo tratado o protocolo en cada ocasión.⁶⁰

La principal ventaja de adoptar inicialmente un tratado “marco” es que podría asegurar rápidamente un amplio apoyo por parte de los Estados. Sus principios generales se podrían derivar de los mayoritariamente aceptados

⁵⁶ Tanto la Convención de Viena como el Protocolo de Montreal cuentan con ratificación universal por 197 Estados Parte; véase la tabla en: http://ozone.unep.org/new_site/en/treaty_ratification_status.php.

⁵⁷ Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, 22 de marzo de 1985, administrado por la Secretaría del Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono y el Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono.

⁵⁸ Protocolo de Montreal sobre Sustancias que Deterioran la Capa de Ozono, 16 de septiembre de 1987.

⁵⁹ La información anteriormente indicada y las citas han sido sacadas de la página web del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, Secretaría de Ozono; disponible en: http://ozone.unep.org/new_site/en/montreal_protocol.php.

⁶⁰ *Idem*.

Principios Rectores de la ONU. Los futuros protocolos podrían disponer compromisos adicionales, los cuales deberían ser ratificados por los Estados. La principal desventaja de un enfoque “marco” de este tipo es que inicialmente sería poco probable conseguir responsabilidad jurídica corporativa, así como acceso a reparaciones efectivas para las víctimas.

E. Prevención Nacional, Sanciones y Cooperación Internacional

La Convención de la ONU contra la corrupción (“UNCAC”, por sus siglas en inglés), que se adoptó en 2003 y entró en vigor en 2005, cuenta hoy en día con 186 Estados Parte.⁶¹ Entre otras cosas, cuenta con extensas disposiciones que requieren a los Estados que intenten prevenir la corrupción mediante políticas, prácticas, revisiones periódicas, establecimiento de organismos de prevención independientes, informes y colaboración internacional.⁶²

Dada la amplia aceptación de la UNCAC, se podría anticipar una amplia aceptación de esta forma como un modelo para un tratado sobre empresas y derechos humanos. Sin embargo, los partidarios de un tratado sobre empresas y derechos humanos podrían objetar la falta de instituciones y procedimientos internacionalmente vinculantes para su aplicación.

F. Reparaciones Civiles Nacionales

Además de la ejecución penal nacional, un tratado podría requerir a los Estados que proporcionen reparaciones civiles por los daños a víctimas de violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas o en las cuales exista complicidad por parte de empresas. Las reparaciones civiles nacionales para daños son estipuladas no solo por la UNCAC, sino también por ejemplo por la Convención de la ONU contra la Tortura,⁶³ un tratado al que se han adherido 164 Estados.⁶⁴

⁶¹ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Resolución 58/4, Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción*, A/58/422, 31 de octubre de 2003; véase la tabla de ratificación en: <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/signatories.html>.

⁶² Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, artículos 5, 6, 10, 12 y 14, Asamblea General de las Naciones Unidas, *Resolución 58/4...*, *cit.*

⁶³ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Resolución 39/46, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, A/RES/39/46, 10 de diciembre de 1984.

⁶⁴ Véase la tabla en: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtldsg_no=IV-9&chapter=4&lang=en.

Si se escogiese este enfoque, tendría el potencial de dar pie a litigios de reformas estructurales contra empresas privadas implicadas en violaciones de derechos humanos. Un simple requerimiento de reparaciones civiles, sin embargo, no conlleva la garantía de que éstas serán efectivas. La experiencia ha demostrado que el acceso teórico a la justicia (civil o penal) a menudo se frustra en la práctica por barreras jurídicas, tales como velos corporativos y personalidad jurídica diferenciada para las empresas matrices y filiales, límites en la jurisdicción y plazos de prescripción, así como por barreras prácticas, tales como los altos costos del litigio, la falta de asistencia jurídica o fondos para víctimas y la intimidación (o cosas peores) contra víctimas y testigos.⁶⁵

2. *Tratados de Supervisión Internacional*

A. *Informes Estatales a un Organismo Internacional*

Doce tratados de derechos humanos de la ONU, así como varias convenciones de la OIT, requieren de los Estados la información periódica sobre los progresos que han hecho y los obstáculos que se han encontrado al implementar sus obligaciones derivadas del tratado.⁶⁶ Los Estados presentan informes escritos a comités de expertos, elegidos a título individual por los Estados parte para supervisar la implementación del tratado. La sociedad civil presenta informes paralelos (*shadow reports*) y participa de otras maneras en el proceso de supervisión. Los comités de expertos posteriormente llevan a cabo un “diálogo constructivo” con los Estados en audiencias públicas, después del cual emiten “observaciones finales”, en las que expresan sus preocupaciones y formulan recomendaciones.

Los informes estatales podrían ser considerados un componente útil para un tratado sobre empresas y derechos humanos. Probablemente cualquier compromiso de informar debería estar en concordancia con los otros procedimientos de información de los tratados de la ONU.⁶⁷

⁶⁵ Véase de manera general por ejemplo Zerk, Jennifer, *Corporate Liability for Gross Human Rights Abuses...*, *cit.*; Skinner, Gwynne *et al.*, *op. cit.*

⁶⁶ Véase por ejemplo artículo 40.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁶⁷ Véase en general por ejemplo Asamblea General de las Naciones Unidas, *Resolución 68/268, Fortalecimiento y mejora del funcionamiento eficaz del sistema de órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos*, A/RES/68/268, 21 de abril de 2014.

B. *Demandas individuales a un Órgano de Tratado Internacional*

Cláusulas opcionales o protocolos de al menos ocho tratados fundamentales de derechos humanos de la ONU permiten a los particulares presentar demandas ante los órganos de expertos del tratado contra los Estados que acepten el procedimiento, una vez que los demandantes han agotado las posibilidades de reparación nacionales o han demostrado tener una buena razón para no hacerlo.⁶⁸ Pese a ciertas deficiencias, las ONG de derechos humanos han iniciado campañas para establecer procedimientos individuales de demanda en tratados que originalmente no los permitían. El procedimiento escrito de demanda puede ser mucho más barato que un litigio judicial completo; puede desembocar en conclusiones públicas del comité, que ejerzan presión sobre los Estados para brindar alivio a la víctima, y con relativa frecuencia conducir a una respuesta constructiva. Además, puede desarrollar la jurisprudencia y ser usado para presentar casos ilustrativos que ejemplifiquen patrones más amplios de abuso por parte de los Estados.

El mecanismo opcional ofrece una vía para maximizar el número de Estados parte del tratado principal, mientras al mismo tiempo crea un procedimiento individual de demanda para aquellos Estados que lo acepten (ahora o en el futuro). Especialmente si los Estados son reticentes ante un tratado que requiera algún tipo de procedimiento de demanda que genere decisiones jurídicamente vinculantes, un mecanismo no vinculante puede ser mejor que ningún mecanismo individual de demanda. También puede proporcionar una manera de superar las barreras de los costos y la desigualdad de medios que hacen que para las víctimas sea difícil en la práctica abordar los procedimientos de litigio o arbitraje.

Los Estados miembros de la OCDE ya han acordado una forma de procedimiento de demanda, establecido como parte de las Directrices de la OCDE para las Empresas Multinacionales.⁶⁹ Aunque las Directrices no son vinculantes para las empresas, la OCDE y los gobiernos signatarios son requeridos a asegurar que estas son implementadas y respetadas. Lo que distingue las Directrices de la OCDE es su naturaleza transnacional, que tienen el respaldo de los gobiernos y que cuentan con un mecanismo de solución de controversias para resolver los conflictos. Los gobiernos que se adhieren a las Directrices deben establecer un Punto de Contacto Nacional (PCN) para tramitar las demandas contra empresas que presuntamente

⁶⁸ Véase en general: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/TBPetitions/Pages/HRTBPetitions.aspx>.

⁶⁹ Las Directrices están disponibles en: <http://mneguidelines.oecd.org/text/>.

hayan incumplido las normas de las Directrices.⁷⁰ El procedimiento de “instancia específica” —como se denomina oficialmente el proceso de demanda de las Directrices— pretende resolver disputas, principalmente a través de la mediación y la conciliación, pero también a través de otros medios. El sistema de PCN de la OCDE es un modelo de solución de controversias que podría expandirse o ser usado como modelo. Sin embargo, la efectividad de los procedimientos de PCN varía entre los países, y algunos actores de la sociedad civil han sido muy críticos con los procedimientos de PCN por considerarlos como desiguales y a menudo ineficaces.⁷¹

C. *Jurisdicción Civil Internacional*

Aunque no hay ningún tribunal de la ONU o de otro tipo global en el que las víctimas de violaciones de derechos humanos puedan denunciar a los Estados para obtener sentencias declaratorias y reparaciones, hay al menos tres instituciones a nivel regional en África, las Américas y Europa. Sin embargo, no todos los Estados son parte de los tribunales de derechos humanos regionales o sub-regionales. Un tribunal internacional para empresas y derechos humanos podría no sólo llenar ese hueco, sino que además permitiría denunciar a las empresas. En casos en los que la justicia en forma de reparaciones civiles no sea accesible ante los tribunales nacionales relevantes —que pueden ser los tribunales tanto del Estado de origen como del Estado anfitrión en el caso de empresas transnacionales— un tribunal internacional de empresas y derechos humanos podría, teóricamente, asegurar la responsabilidad jurídica de las empresas y el acceso a la justicia civil de los individuos. Por otro lado, un gran número de Estados, sobre todo importantes Estados de origen de empresas transnacionales, probablemente sean reticentes a un tratado que exponga a sus empresas a juicios por daños y perjuicios ante un tribunal internacional.

Principalmente los países anfitriones de inversiones transnacionales podrían estar de acuerdo en adherirse a un tratado que establezca un tribunal internacional de estas características, al menos en relación a actividades de las subsidiarias u otro tipo de actividades de las empresas transnacionales operando en su territorio. Si se podría atribuir competencia al tribunal para juzgar a las matrices de dichas filiales, sin embargo, es una cuestión aparte.⁷²

⁷⁰ Los procedimientos de PCN están disponibles en: <http://mneguidelines.oecd.org/ncps/>.

⁷¹ Por ejemplo, OECD Watch, *Assessment of NCP Performance in the 2013-2014 Implementation Cycle*, 2014, disponible en: http://www.responsiblebusiness.no/files/2014/06/OECD-Watch-2013-2014-Review-of-NCPs_draft.pdf.

⁷² Véase la sección IV. 5 de este capítulo.

Una serie de cuestiones prácticas serían relevantes en cuanto a la accesibilidad y eficacia de un tribunal de este tipo. Por ejemplo: ¿que recursos tendría?, ¿cómo sería financiado?, ¿cuántos casos podría tratar?, ¿podrían ser acumuladas las demandas?, ¿qué reparaciones podría ordenar?, ¿cómo se aseguraría el acceso a los gastos del litigio —por no decir un grado de igualdad de medios con las empresas acusadas— para las víctimas? Aunque las respuestas no son fáciles de encontrar, si no se tratan estas cuestiones la justicia puede permanecer elusiva.

D. *Mediación y Arbitraje Internacional*

Miles de tratados bilaterales y multilaterales de inversión y de comercio actualmente permiten a empresas extranjeras demandar a Estados anfitriones ante tribunales internacionales de arbitraje por supuestas violaciones de las cláusulas de estabilización, expropiaciones reglamentarias, denegación de justicia, y otras reclamaciones derivadas de los esfuerzos estatales para proteger la salud pública, el medioambiente y los derechos de los trabajadores en su territorio, entre otras cosas.⁷³ Sin embargo, estos tratados no permiten a las víctimas de las consiguientes violaciones de los derechos humanos o del derecho de los consumidores, de los trabajadores o medioambiental, actuar jurídicamente contra las empresas extranjeras ante los tribunales arbitrales por poner en riesgo sus vidas, su salud o su subsistencia.

Recientemente un equipo de profesionales y académicos han difundido borradores de una propuesta para resolver este desequilibrio, permitiendo a las víctimas de violaciones de derechos humanos en las cuales estén implicadas empresas llevar a estas ante un tribunal arbitral de empresas y derechos humanos.⁷⁴ Una manera de establecer o utilizar el tribunal sería estipularlo o reconocerlo en un tratado sobre empresas y derechos humanos. Un tratado podría, por ejemplo, obligar a los Estados parte a requerir a las empresas que en ciertas circunstancias acepten la jurisdicción de dicho tribunal.

No obstante, quedan pendientes muchas cuestiones por resolver. Por ejemplo, ¿cómo sería financiado el tribunal?, ¿cómo se financiarían los gastos judiciales de las víctimas? En vista de la controvertida trayectoria del arbitraje inversor-Estado en materias relacionadas con los derechos

⁷³ Véase en general Public Citizen, *Case Studies: Investor-State Attacks on Public Interest Policies*, 2014, disponible en: <http://www.citizen.org/documents/egregious-investor-state-attacks-case-studies.pdf>.

⁷⁴ Cronstedt, Claes *et al.*, *International Business and Human Rights Arbitration*, 2017, disponible en: <http://www.l4bb.org/news/TribunalV6.pdf>.

humanos, ¿estarían las víctimas y sus abogados dispuestos a hacer uso de un tribunal de este tipo? ¿Cómo se dotaría a los árbitros de suficiente experiencia, credibilidad y objetividad en temas de empresas y derechos humanos, especialmente en relación con las comunidades y poblaciones afectadas por la conducta de las empresas? ¿Cuán públicos serían los procedimientos y los laudos arbitrales?⁷⁵ El arbitraje, igual que los litigios civiles transnacionales, puede ser lento y prolongado. El mayor interrogante es si el modelo de arbitraje internacional inversor-Estado puede adecuarse a las necesidades de los demandantes individuales o de las comunidades que necesitan prontas medidas cautelares y no declaraciones e indemnizaciones.

E. *Jurisdicción Penal Internacional*

Los directores y administradores de las empresas han sido juzgados desde los juicios de Núremberg.⁷⁶ Aunque las empresas como tal no fueron formalmente enjuiciadas en Núremberg, sus bienes fueron incautados y éstas fueron clausuradas por haber violado el derecho internacional.⁷⁷ Más recientemente el Tribunal Especial para el Líbano, un tribunal penal internacional, ha ido más allá del procesamiento únicamente de individuos, resolviendo que las empresas acusadas pueden ser condenadas por desacato a los tribunales.⁷⁸

Actualmente hay al menos dos modelos para el enjuiciamiento penal internacional de graves violaciones de derechos humanos. Uno es la Corte

⁷⁵ Un conjunto de normas ampliamente utilizado para el arbitraje internacional son las normas de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). En 2014, la CNUDMI adoptó Normas de Transparencia en el Arbitraje. Estas nuevas normas potencialmente podrían ser usadas o adaptadas para el arbitraje sobre empresas y derechos humanos; Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado*, 16 de diciembre 2013; Las nuevas normas están disponibles en: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency.html; véase asimismo Asamblea General, *Resolución 69/116, Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado*, A/RES/69/116, 10 de diciembre de 2014.

⁷⁶ Véase en general Lippmann, Matthew, “War Crimes Trials of German Industrialists: The Other «Schindlers», *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 9, núm. 2, 1995, pp. 173-267.

⁷⁷ Véase en general “Amicus Brief of Nuremberg Scholars”, en Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, U.S. S. Ct. No. 10-1491, 21 de diciembre de 2011.

⁷⁸ Tribunal Especial para el Líbano, Appeals Panel, Case No. STL-14-05/PT/AP/AR126.1, *Case against New TV S.A.L. Karma Mohamed Tahsin al Khayat*, Decision on Interlocutory Appeal Concerning Personal Jurisdiction in Contempt Proceedings, 2 de octubre de 2014, párrs. 33-74.

Penal Internacional (CPI) en la Haya.⁷⁹ La CPI puede procesar solamente a personas naturales⁸⁰ —incluyendo a directivos empresariales—⁸¹ por una limitada serie de delitos, principalmente el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad.⁸² En casos relacionados con las empresas y los derechos humanos este modelo podría ser seguido, ya sea añadiendo de una segunda cámara en la CPI o ampliando la jurisdicción de la CPI para incluir a las personas jurídicas además de las naturales,⁸³ o creando un tribunal penal internacional separado específico para los delitos cometidos por las empresas.

Un modelo alternativo ha sido ofrecido recientemente por un Protocolo de 2014, que todavía no ha entrado en vigor, a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.⁸⁴ El Protocolo permite el enjuiciamiento penal internacional, no solo de individuos sino también empresas.⁸⁵ El Protocolo otorga a la Corte Africana jurisdicción sobre una amplia gama de delitos, incluyendo varios que pueden ser cometidos por empresas. Además de los delitos de la CPI, la Corte Africana tendrá jurisdicción sobre, entre otros, el

⁷⁹ Véase en general Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, A/CONF.183/9, 17 de julio de 1998.

⁸⁰ *Ibidem*, artículo 25.1.

⁸¹ En septiembre de 2016 el fiscal de la CPI anunció que su oficina “prestaría especial consideración a la persecución de los crímenes del Estatuto de Roma que sean cometidos por medio de, o que resulten en, entre otros, la destrucción del medio ambiente, la explotación ilegal de recursos naturales o a desposesión ilegal de tierras”; traducción no oficial de Oficina del Fiscal, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation*, 2016, párr. 41, disponible en: https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf. Por supuesto, las empresas privadas y sus directivos a menudo están implicados en disputas medioambientales, de recursos naturales y de tierras.

⁸² Estatuto de la CPI artículos 5, 6, 7 y 8.

⁸³ El artículo 25.1 del Estatuto de la CPI dispone: “De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales”. Como primer paso, el artículo 25.1 podría ser modificado simplemente añadiendo las palabras “y jurídicas” después de la palabra “naturales”. El resto del texto necesitaría ser revisado para hacer las modificaciones correspondientes. Sin embargo, el proceso de reforma del Estatuto de la CPI es difícil, ya que requiere un amplio nivel de consenso. véase Estatuto de la CPI, artículos 121-123.

⁸⁴ Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights, 27 de junio de 2014, disponible en: https://au.int/sites/default/files/treaties/7804-treaty-0045_-_protocol_on_amendments_to_the_protocol_on_the_statute_of_the_african_court_of_justice_and_human_rights_e-compressed.pdf, Protocolo sobre la Corte Africana. Hasta febrero de 2017, ningún Estado había ratificado el Protocolo, si bien varios Estados lo han firmado; disponible en: https://au.int/sites/default/files/treaties/7804-st-protocol_on_amendments_to_the_protocol_on_the_statute_of_the_african_court_of_justice_and_human_rights_5.pdf.

⁸⁵ *Ibidem*, artículo 22, añadiendo artículo 46C.

mercenarismo, la corrupción, el lavado de dinero, el tráfico de personas, el tráfico de drogas, el tráfico de residuos peligrosos y la explotación ilícita de recursos naturales.⁸⁶

Una importante desventaja del Protocolo Africano es que, a diferencia del Estatuto de la CPI, que invalida la inmunidad oficial,⁸⁷ el Protocolo Africano ofrece inmunidad ante el procesamiento por la Corte Africana a “cualquier Jefe de Estado o de Gobierno de la UA con cargo vigente, o cualquiera que actúe o esté autorizado a actuar en esa capacidad, u otros cargos públicos de alto nivel basándose en sus funciones, durante su mandato”.⁸⁸ De manera especial, en casos en los que las empresas o los directivos de las empresas puedan ser acusados de actuar en complicidad con “altos cargos públicos”, podrán ser formuladas alegaciones para procesar a los primeros en calidad de cómplices, pero no así a los autores principales.

Un tratado, por supuesto, no necesita copiar ninguno de los modelos por completo. Por ejemplo, el Protocolo Africano puede ser usado como modelo para un tribunal penal internacional para empresas y derechos humanos, pero sin su disposición que otorga inmunidad a los altos cargos del Estado.

F. *Tratado exhaustivo*

Los previamente mencionados elementos potenciales de un tratado sobre empresas y derechos humanos no son mutuamente excluyentes. Un tratado podría combinar algunos o todos estos elementos, además de otros. Cuantos más elementos sean incluidos, más efectivo podría ser un tratado para asegurar el respeto hacia los derechos humanos por parte de las empresas, así como para proporcionar reparaciones en caso de violación. Por otro lado, cuanto más ambicioso sea el contenido del tratado, más difícil podría volverse la negociación y la atracción para que un amplio abanico y un gran número de Estados, especialmente los Estados de origen de grandes empresas transnacionales, se unan al mismo, así como el llamamiento a las empresas que a menudo influyen considerablemente la posición de los Estados.

⁸⁶ *Ibidem*, artículo 28A.1.

⁸⁷ Estatuto de la CPI, artículo 27.

⁸⁸ Protocolo sobre la Corte Africana, artículo 22, añadiendo artículo 46A bis (traducción del editor).

3. *Tratados de Coherencia Política*

A. *Coherencia de Leyes Nacionales*

El Principio Rector 8 de la ONU exhorta a los Estados a que aseguren que sus instituciones “que configuran las prácticas empresariales sean conscientes de las obligaciones de derechos humanos del Estado y las respeten en el desempeño de sus respectivos mandatos”.⁸⁹ Los ejemplos de instituciones estatales citadas por el Comentario incluyen a aquellas responsables de la política de inversión y comercio; el derecho de sociedades y la reglamentación del mercado de valores; y el crédito y los seguros de exportación.⁹⁰

Sería demasiado pedir que un tratado global intentase revisar y reformar integralmente la legislación y reglamentación en todos estos ámbitos. Pero se podría buscar un acuerdo en áreas particulares. Por ejemplo, en relación al derecho de sociedades, ¿hasta qué punto deberían ser responsables las matrices por la incidencia de sus filiales, incluyendo las filiales en el extranjero, sobre los derechos humanos?⁹¹ Respecto a la contratación pública, los Estados podrían buscar un acuerdo sobre los estándares comunes de derechos humanos y los procesos de debida diligencia.⁹²

B. *Coherencia de Acuerdos Internacionales*

El Principio Rector 9 de la ONU dispone que los “Estados deben mantener un marco normativo nacional adecuado para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos cuando concluyan acuerdos políticos sobre actividades empresariales con otros Estados o empresas, por ejemplo a través de tratados o contratos de inversión”.⁹³ El Comentario destaca que los términos de

⁸⁹ Representante especial del secretario general sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales (John Ruggie), *Principios Rectores sobre las empresas...*, *cit.*, Principio 8.

⁹⁰ *Ibidem*, Comentario al Principio 8.

⁹¹ Véase la sección IV. 5 de este capítulo.

⁹² Véase por ejemplo Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/29/28, 28 de abril de 2015, párrs. 40-42.

⁹³ Representante especial del secretario general sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales (John Ruggie), *Principios Rectores sobre las empresas...*, *cit.*, Principio 9.

tratados bilaterales de inversión, tratados de libre comercio o contratos de proyectos de inversión... pueden restringir la capacidad de los Estados para aplicar plenamente nuevas leyes en materia de derechos humanos, o exponerlos, en caso contrario, al riesgo de arbitrajes internacionales vinculantes. ... [D]eben asegurarse de que retienen las facultades normativas y regulatorias para proteger los derechos humanos en el marco de tales acuerdos, sin dejar de ofrecer la necesaria protección a los inversores.⁹⁴

Los Estados podrían acordar, por ejemplo, incluir la protección de los derechos humanos en los futuros tratados de inversión y de comercio.⁹⁵ Podrían asimismo acordar protegerlos bajo los tratados existentes, en casos en los que ambos Estados sean parte del nuevo acuerdo, o de otra manera acordar la aplicación de las nuevas disposiciones en un tratado existente.⁹⁶

C. *Tratados Sectoriales*⁹⁷

En lugar o además de un tratado general sobre empresas y derechos humanos, también sería posible adoptar un tratado más reducido. Un tratado de este tipo podría centrarse en un sector particular, como el sector extractivo o el de tecnología de información y comunicación (TIC), o en el papel de las empresas en relación a determinadas categorías de violaciones de derechos humanos.

⁹⁴ *Ibidem*, Comentario al Principio 9.

⁹⁵ *Ibidem*, párrs. 18-28 (inversión), 29-31 (acuerdos internacionales de inversión y solución de controversias), 32-35 (transparencia en el arbitraje internacional) y 36-39 (acuerdos comerciales y temas relacionados con el comercio).

⁹⁶ Para ejemplos de nuevos tratados que añaden términos a tratados existentes; véase por ejemplo la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado que entró en vigor el 18 de octubre de 2017. La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, que entró en vigor el 26 de junio de 1987, artículo 8, prevé que los delitos de tortura “se considerarán incluidos entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre Estados Partes”.

⁹⁷ La Resolución del Consejo de Derechos Humanos establece un Grupo de Trabajo Intergubernamental sobre “un” instrumento jurídicamente vinculante, con el propósito de elaborar “un” instrumento internacional jurídicamente vinculante. Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Resolución 26/9, Elaboración de un instrumento...*, *cit.*, párr. 1. Por lo tanto, parece que una mayor autoridad del CDH sería necesaria para el Grupo de Trabajo para elaborar más de un tratado.

IV. CUESTIONES CLAVE SELECCIONADAS

A la hora de negociar un tratado, será necesario considerar una serie de temas transversales. Los siguientes están entre los más destacados y complejos.

1. *¿Qué empresas serán incluidas – empresas transnacionales, grandes empresas o todas las empresas?*

Los Principios Rectores se aplican explícitamente a “todas” las empresas comerciales:

La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se aplica a todas las empresas independientemente de su tamaño, sector, contexto operacional, propietario y estructura. Sin embargo, la magnitud y la complejidad de los medios dispuestos por las empresas para asumir esa responsabilidad puede variar en función de esos factores y de la gravedad de las consecuencias negativas de las actividades de la empresa sobre los derechos humanos.⁹⁸

Sin embargo, la resolución del Consejo de Derechos Humanos de junio de 2014 que inició el proceso del tratado se refiere a “las empresas transnacionales y otras empresas comerciales”. Una nota a pie de página del preámbulo define el término “otras empresas”, incluyendo únicamente aquellas “cuyas actividades operacionales tienen carácter transnacional”. Dicha nota excluye expresamente a “empresas locales registradas con arreglo a la legislación nacional pertinente”.⁹⁹

Esta limitación ambivalente del alcance —de *todas* las empresas a solo las empresas *transnacionales*— ha sido abiertamente criticada, tanto por los Estados como por la sociedad civil. Como destaca Ruggie, a través de esta limitación, “el tratado propuesto abarcaría a las marcas internacionales que adquieren las prendas de las fábricas... en el edificio derrumbado Rana Plaza de Bangladesh, pero no a los dueños locales de la fábrica... empleadores de 1.100 trabajadores que murieron...”.¹⁰⁰

⁹⁸ Representante especial del secretario general sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales (John Ruggie), *Principios Rectores sobre las empresas...*, *cit.*, Principio 14.

⁹⁹ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Resolución 26/9, Elaboración de un instrumento...*, *cit.*, párr. 9.

¹⁰⁰ Ruggie, John, *Quo Vadis? Unsolicited Advice to Business and Human Rights Treaty Sponsors*, Institute for Human Rights and Business, 2014, disponible en: <http://www.ihrb.org/commentary/quo-vadis-unsolicited-advice-business.html> (traducción del editor).

2. *¿Qué normas de derechos humanos hará valer el tratado frente a las empresas – jus cogens, derecho internacional consuetudinario, los tratados de derechos humanos en Estados parte de esos tratados, o las normas especificadas por los Principios Rectores de la ONU (la Carta Internacional de Derechos Humanos, la Declaración sobre los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de la OIT, además de otras en el contexto)?*

El abanico de derechos humanos cubiertos por el tratado puede depender del tipo de deberes impuestos por el tratado. Si el tratado se centra en los informes, los planes o la implementación de los Principios Rectores, debería abarcar una amplia gama de derechos. Tal y como constató John Ruggie después de analizar más de 300 informes de supuestas violaciones por parte de las empresas, “hay pocos derechos reconocidos internacionalmente, si es que los hay, sobre los que las empresas no puedan incidir, o sobre los que parece que puedan incidir, de alguna manera”.¹⁰¹

Los Principios Rectores establecen el deber de las empresas de respetar, mínimamente, todos los derechos contenidos en la Carta Internacional de Derechos Humanos y en la Declaración sobre los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de la OIT. La Carta Internacional de Derechos Humanos incluye la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948,¹⁰² el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966,¹⁰³ y el Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.¹⁰⁴ Estos tres instrumentos, conjuntamente, cubren una amplia gama de derechos. La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo incluye derechos específicamente laborales, tales como la libertad de asociación, la prohibición del trabajo infantil y el trabajo forzado y la no discriminación.¹⁰⁵

Además, el comentario sobre el Principio Rector 12 explica lo siguiente:

De acuerdo con las circunstancias, es posible que las empresas deban tener en cuenta otras normas. Por ejemplo... los instrumentos [de la ONU] han detallado a tal efecto los derechos de los pueblos indígenas, las mujeres, las minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas, los niños, las personas

¹⁰¹ Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales (John Ruggie), *Proteger, respetar y remediar*:..., cit., párr. 52.

¹⁰² Adoptada el 10 de diciembre de 1948.

¹⁰³ Adoptado el 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

¹⁰⁴ Adoptado el 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 3 de enero de 1976.

¹⁰⁵ Adoptada el 18 de junio de 1998.

con discapacidad y los trabajadores migrantes y sus familias. Por otra parte, en situaciones de conflicto armado, las empresas deben respetar las normas del derecho internacional humanitario.

Por lo tanto, en los tratados consistentes en informes, planes o la implementación de los Principios Rectores, debería haber una amplia cobertura de derechos. Por otro lado, si el tratado establece un procedimiento individual de demanda o reparaciones para daños civiles, la lista de derechos humanos que podría ser invocada a través de estos procedimientos se limitaría a los derechos —igualmente una amplia lista— razonablemente “justiciables” en procedimientos similares contra Estados.¹⁰⁶

Por último, si el tratado impone sanciones penales, no incluiría todas las violaciones de derechos humanos, sino únicamente las violaciones causadas por la comisión de un delito internacional existente,¹⁰⁷ o un delito que pueda ser reconocido y definido por el tratado, o por la relación del delito con los derechos humanos.¹⁰⁸ Un único tratado podría por supuesto emplear diferentes menús de derechos: un abanico completo para los planes, uno algo más limitado para las demandas civiles y uno mucho más limitado para los enjuiciamientos penales.

3. *¿Qué normas sustantivas aplicará el tratado para las demandas civiles por daños — el derecho internacional de los derechos humanos, o las normas del “common law” para la reparación de agravios o, en los países de tradición jurídica romana, el equivalente de derecho civil? ¿Hará referencia el tratado a normas jurídicas nacionales para conceptos tales como la complicidad, o hará referencia a los principios generales del derecho internacional?*

Una serie de demandas por daños y perjuicios contra empresas inglesas por violaciones de los derechos humanos cometidas en otros países han sido llevadas ante tribunales ingleses, basándose no en el derecho internacional de los derechos humanos, sino en teorías de reparación de agravios del *common law*, como la intrusión (“*trespass*”) o la negligencia. Esto ha desembocado en

¹⁰⁶ Véanse las secciones III. 2. B. y III. 2. C de este capítulo.

¹⁰⁷ Véase la sección III. 2. E de este capítulo.

¹⁰⁸ Los Estatutos de algunos tribunales penales internacionales permiten el enjuiciamiento por determinados delitos nacionales e internacionales; véase por ejemplo el Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano, artículo 2.1 (a), disponible en: <https://www.stl-tsl.org/en/documents/statute-of-the-tribunal/223-statute-of-the-special-tribunal-for-lebanon>. De forma similar, véase Artículo 5 del Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona, disponible en: <http://www.rscsl.org/Documents/scsl-statute.pdf>.

varias resoluciones amistosas de litigios.¹⁰⁹ Después de una decisión de la Corte Suprema de los EE.UU. de 2013 en el caso *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*,¹¹⁰ que limitó la jurisdicción sobre demandas de derechos humanos bajo el *Alien Tort Statute*, se han hecho sugerencias para reclamar daños por violaciones de los derechos humanos producidas en el extranjero a través de la presentación de demandas de *common law* para la reparación de agravios ante tribunales estatales estadounidenses.¹¹¹ Hoy en día se están presentando demandas de *common law* para la reparación de agravios en Canadá en relación a la conducta de las empresas extractivas en el extranjero.¹¹²

Ha sido argumentado que, si una reparación civil por daños en los tribunales nacionales es permitida o requerida por un tratado, podría ser más efectiva en la práctica, al menos en los países de tradición jurídica anglosajona, si se basase en las razonablemente entendidas reparaciones por agravios del *common law*, con las cuales los jueces de *common law* ya se sienten familiarizados y cómodos, que si adoptase nuevas definiciones de acciones de reparación basadas directamente en el derecho internacional de los derechos humanos.¹¹³ Por otro lado, las acciones para la reparación de agravios del *common law* podrían no hacer justicia a la gravedad de la afectación a la dignidad humana causado por graves violaciones de derechos humanos. Dichas acciones también podrían ser frustradas por obstáculos procedimentales de derecho interno, como plazos de prescripción excesivamente cortos, que no se deberían aplicar para graves violaciones a los derechos humanos.¹¹⁴ Las reparaciones civiles basadas en el tratado también podrían ser más ho-

¹⁰⁹ Véase de forma general Meeran, Richard, “Tort Litigation against Multinational Corporations for Violation of Human Rights: An Overview of the Position Outside the United States”, *City University of Hong Kong Law Review*, vol. 3, núm. 1, 2011, pp. 1-41.

¹¹⁰ Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, 133 S. Ct. 1659 (2013).

¹¹¹ Por ejemplo Alford, Roger P., “The Future of Human Rights Litigation after *Kiobel*”, *Notre Dame Law School*, vol. 89, núm. 4, 2014, pp. 1749-1772.

¹¹² Mijares Peña, Susana C., “Human Rights Violations by Canadian Companies Abroad: *Choc v. Hudbay Minerals Inc.*”, *Western Journal of Legal Studies*, vol. 5, núm. 3, 2014, pp. 1-19.

¹¹³ Véase Meeran, Richard, *op. cit.*; Alford, Roger P., *op. cit.*, p. 24; Cassel, Douglass, “Outlining the Case for a Common Law Duty of Care of Business to Exercise Human Rights Due Diligence”, *Business And Human Rights Journal*, vol. 1, núm. 2, 2016, pp. 179-202.

¹¹⁴ Por ejemplo Corte IDH, *Barrios Altos v. Peru, Fondo*, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C, No. 75, párr. 41 (“disposiciones de prescripción”, es decir, normas limitadoras); Asamblea General de las Naciones Unidas, *Resolución 60/147, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, A/RES/60/147, 21 de marzo de 2006, Anexo, párrs. 6 y 7 (sobre prescripción).

mogéneas entre los potenciales Estados miembros con tradiciones jurídicas distintas (por ejemplo, anglosajona, romana o islámica). Una solución sería que el tratado contemplase ambos tipos de reparaciones —demandas de derechos humanos y demandas nacionales para la reparación de agravios (u otras reparaciones nacionales de daños)— como medios para asegurar la justicia civil para las víctimas de las violaciones de derechos humanos por parte de las empresas.¹¹⁵

4. *Jurisdicción extraterritorial: ¿Se autorizará o requerirá de los Estados el ejercicio de jurisdicción sobre empresas domiciliadas en el Estado por violaciones de derechos humanos cometidas fuera de su territorio?*

Cuando un Estado anfitrión no quiera o no pueda proporcionar acceso a las víctimas a reparaciones efectivas por violaciones de derechos humanos cometidas por empresas extranjeras operando en su territorio, ¿debería requerir el tratado el ejercicio de jurisdicción por parte del Estado de origen de la empresa? El Principio Rector 2 no responde del todo la pregunta: determina que “[l]os Estados deben enunciar claramente que se espera de todas las empresas domiciliadas en su territorio y/o jurisdicción que respeten los derechos humanos en todas sus actividades”.¹¹⁶ Pero ¿deben los Estados consagrar esta “expectativa” extraterritorial en la ley y en la práctica?

El comentario es más específico, adoptando la perspectiva de que la jurisdicción extraterritorial está permitida, pero no es obligatoria. Dicho comentario reconoce que “algunos órganos de tratados de derechos humanos recomiendan a los Estados que adopten medidas para impedir los abusos en el extranjero de empresas registradas en su jurisdicción”.¹¹⁷ Sin embargo, de forma cada vez mayor, la Corte Internacional de Justicia,¹¹⁸ los órganos de tratados de derechos humanos globales y regionales, y los expertos temáticos de la ONU interpretan que los tratados de derechos humanos no solamente

¹¹⁵ Para una discusión sobre las diferentes maneras en las que los Estados han incorporado el derecho de las víctimas a obtener reparaciones por violaciones de los derechos humanos cometidas por personas naturales, véase Stephens, Beth, “Translating Filártiga: A Comparative and International Law Analysis of Domestic Remedies for International Human Rights Violations”, *Yale Journal of International Law*, vol. 27, núm. 1, 2002, pp. 1-57.

¹¹⁶ Representante especial del secretario general sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales (John Ruggie), *Principios Rectores sobre las empresas...*, cit., Principio 2.

¹¹⁷ *Ibidem*, Comentario al Principio 2.

¹¹⁸ Corte Internacional de Justicia, *The Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Advisory Opinion)*, 2004, ICJ Rep., p. 136, párr. 109.

permiten, sino que imponen obligaciones extraterritoriales, incluyendo en relación a la regulación de las actividades empresariales en el extranjero.¹¹⁹

No hay ninguna duda de que los Estados tienen el derecho a ejercer jurisdicción extraterritorial sobre sus propias empresas. Cualquier ejercicio de jurisdicción extraterritorial por un Estado de origen debe ser “razonable” —prestando la debida atención a las reclamaciones jurisdiccionales y a la soberanía del Estado anfitrión—, pero está ampliamente aceptado en el derecho internacional que, en principio, los Estados de origen pueden procesar demandas contra sus propias empresas por violaciones de derechos humanos cometidas fuera de su territorio.¹²⁰

Un tratado sobre empresas y derechos humanos, o un protocolo a dicho tratado, podría autorizar explícitamente o bien requerir que los Estados ejerzan dicha jurisdicción extraterritorial. El tratado o protocolo podría asumir la articulación de directrices con los parámetros de “razonabilidad”, o, si no, permitir a los tribunales u órganos legislativos decidir sobre la razonabilidad de ejercicios concretos de jurisdicción extraterritorial, en vista de los principios generales de derecho internacional que regulan la jurisdicción.¹²¹

5. Alcance de la responsabilidad corporativa — ¿Serán las matrices consideradas responsables de las acciones de sus filiales, y viceversa?

¿Bajo qué circunstancias debería un tratado considerar responsable a las matrices por las acciones de sus filiales u otras entidades corporativas, y viceversa? La respuesta puede depender del tipo de deberes que imponga el tratado. Si el tratado obliga a informar, planificar y prevenir, incluyendo la implementación de los Principios Rectores, podría no ser controvertido o impracticable requerir a las matrices que aseguren que sus filiales (y otras entidades corporativas subsidiarias, especialmente las entidades controladas) cumplan con esas responsabilidades.

¹¹⁹ Véase de manera general ESCR-Net, *Global Economy, Global Rights: A Practitioner's Guide for Interpreting Human Rights Obligations in the Global Economy*, 2014, disponible en: <http://www.global.org.br/wp-content/uploads/2016/03/Global-Economy-Global-Rights.pdf>.

¹²⁰ Véase de manera general Cassel, Douglass, “Suing Americans for Human Rights Torts Overseas: The Supreme Court Leaves the Door Open”, *Notre Dame Law Review*, vol. 89, núm. 4, 2014, pp. 1778 y 1779.

¹²¹ Véase por ejemplo *Restatement (Third) Of The Foreign Relations Law Of The United States* (1987). Cfr. § 402 (*jurisdiction to prescribe*) y § 421 (*jurisdiction to adjudicate*), con § 431(1) (*jurisdiction to enforce judicially*). Las tres categorías autorizan a los Estados a ejercer jurisdicción sobre actos cometidos por sus propios nacionales en el extranjero, §§ 402(2), 421(2)(d)–(e), y 431(1), sujetos al límite de que el ejercicio sea razonable. *Ibidem*, §§ 403, 421(1)–(2), y 431(1)–(2).

Este parece ser el enfoque de los Principios Rectores, ya que se refieren generalmente a las responsabilidades no de una “corporación” o “compañía” particular, sino de las “empresas comerciales”. El término “empresa” no está definido en los Principios. No obstante, el lenguaje y la lógica de estos sugieren que abarca tanto a las matrices como a sus filiales. Por ejemplo, el comentario al Principio Rector 2 cita como ejemplo de medidas internas con consecuencias extraterritoriales, “requisitos de que las empresas matrices informen de las operaciones de toda la empresa a nivel mundial”.¹²² Esto no tendría sentido a no ser que el concepto de “empresa” incluya tanto a las matrices como a sus filiales.

El tema es más complicado si el tratado impone reparaciones civiles por daños de las empresas. La mayoría de Estados han adoptado, de una forma u otra, la doctrina de las entidades separadas. Cuando una empresa invierte en otra —incluso cuando una matriz posee el 100% de las acciones de la filial— las dos empresas siguen siendo tratadas como entidades separadas a efectos de la responsabilidad corporativa. En tal caso la legislación nacional normalmente dispone que la empresa matriz no puede ser considerada jurídicamente responsable por las acciones cometidas por su empresa filial (es decir, el “velo corporativo” no puede ser perforado), a no ser que se demuestre que la filial es una simple fachada o que se creó únicamente para defraudar a los acreedores.¹²³

Los desarrollos recientes en casos de *common law* indican que, en determinadas circunstancias, puede estimarse que una empresa matriz tiene un “deber de cuidado” respecto a los empleados de una filial o a personas agraviadas por una filial, el incumplimiento del cual puede resultar en responsabilidad jurídica.¹²⁴ En esos casos se considera a la matriz responsable, no de la negligencia de su filial, sino más bien de su propia negligencia, al haber incumplido su deber de cuidado. Los negociadores podrían considerar la incorporación de una doctrina de este tipo en el tratado.

¹²² Representante especial del secretario general sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales (John Ruggie), *Principios Rectores sobre las empresas...*, *cit.*, Comentario al Principio 2.

¹²³ Véase por ejemplo *Presbyterian Church of Sudan et al. v. Talisman Energy Inc.*, 453 F. Supp. 2d 633 S.D.N.Y. 2006, Decisión de 12 de septiembre de 2006; véase en general Skinner, Gwynne *et al.*, *op. cit.*, pp. 59-64.

¹²⁴ *Cfr. England and Wales Court of Appeal, Chandler v. Cape PLC*, [2012] EWCA Civ 525, Decisión de 25 de abril de 2012, párr. 80, y Superior Court of Justice of Ontario, *Choe v. HubbardBay Minerals, Inc.*, 2013 ONSC 1414, Decisión del 22 de julio de 2013, párrs. 74 y 75; véase también Arrondissementsrechtbank Den Haag, *Akpan v. Royal Dutch Shell PLC*, núm. de caso C/09/337050/HA ZA 09-1580, Decisión del 30 de enero de 2013, párrs. 3.31 y 3.32.

Asimismo, los negociadores podrían contemplar un deber de cuidado más extenso de la empresa matriz. Como ha sido sugerido por tres destacados académicos:

El deber de la empresa matriz de ejercer la debida diligencia, controlando a las filiales para asegurar que no están implicadas en violaciones a los derechos humanos debería ser establecido claramente, de forma directa o indirecta... El concepto... equivale a imponer a las matrices la obligación de supervisar las actividades de sus filiales... Esto también incluye la responsabilidad de todas las empresas de intentar prevenir y mitigar, a través de su influencia, todas las violaciones de derechos humanos por parte de aquellos con los que tienen una relación comercial... Ello sirve como incentivo para que sus filiales y socios comerciales respeten los derechos humanos.¹²⁵

Esta recomendación es consistente no solo con el enfoque de “empresa” de los Principios Rectores de la ONU, sino también con el incluso más explícito enfoque de “empresa” de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales.¹²⁶ Solicitando a las empresas que respeten los derechos humanos y que lleven a cabo la debida diligencia,¹²⁷ las Líneas Directrices de la OCDE “se dirigen también a los grupos de empresas, aunque el consejo de administración de las filiales pueda tener obligaciones derivadas de la legislación del país donde están constituidas como sociedad. Los sistemas de cumplimiento y de control también deben extenderse, en lo posible, a estas sociedades. Además, la función de vigilar las prácticas de gobierno que corresponde al consejo de administración implica, igualmente, un control permanente de las estructuras internas del grupo para garantizar que las responsabilidades de todo el grupo se encuentran claramente definidas”.¹²⁸

¹²⁵ Skinner, Gwynne *et al.*, *op. cit.*, p. 68; véase asimismo Cassel, Douglass, “Suing Americans for Human Rights...”, *cit.*, pp. 1778 y 1779 (traducción del editor); en el original: “[T]he duty of the parent company to exercise due diligence by controlling the subsidiary to ensure it does not engage in human rights violations, directly or indirectly, should be clearly affirmed... The concept... amounts to imposing on the parent company a duty to monitor the activities of its subsidiaries... This also includes the responsibility that all businesses seek to prevent and mitigate, through use of their leverage, all human rights violations by those with whom they have a business relationship... [T]his incentivizes the parent company to ensure that its subsidiaries and business partners comply with human rights”.

¹²⁶ OCDE, *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, OECD Publishing, 2013, disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202436-es>.

¹²⁷ *Ibidem*, párrs. II.2, II.10, y capítulo IV.

¹²⁸ *Ibidem*, Comentario sobre principios generales, párr. 9.

6. *Destinatarios de las obligaciones: ¿Impondrá el tratado obligaciones directas únicamente a los Estados, o también a las empresas?*

Según John Ruggie, durante el proceso de negociación de los Principios Rectores de la ONU, los gobiernos del norte y del sur “tenían profundas preocupaciones doctrinales acerca de hacer que las empresas fuesen sujetos de derecho internacional”.¹²⁹ La declaración de objeciones de los EE.UU. a la resolución del tratado del Consejo de Derechos Humanos de la ONU de junio de 2014 incluyó una afirmación de que las empresas no son “sujetos” de derecho internacional.

Hay corrientes de pensamiento contrapuestas entre destacados académicos respecto a si las empresas son sujetos de derecho internacional.¹³⁰ La corriente positivista insiste en que las empresas no son sujetos de derecho internacional, ya que ningún instrumento internacional las reconoce expresamente como tal.¹³¹ Intérpretes más flexibles sugieren que las empresas podrían como mínimo tener “personalidad jurídica internacional limitada”.¹³² Por último, la corriente pragmática argumenta que la cuestión sobre si las empresas son “sujetos” de derecho internacional es irrelevante para la pregunta sobre qué responsabilidades jurídicas pueden ser impuestas a las empresas: “El escepticismo sobre la «personalidad» de las empresas no debería ser confundido con las dudas sobre si las empresas internacionales tienen responsabilidades (así como derechos) bajo el derecho internacional. Claramente hoy en día tienen ambos”.¹³³

En la actualidad, miles de tratados bilaterales y multilaterales de inversiones y comercio garantizan a las empresas tanto derechos sustantivos (por ejemplo, estabilidad reguladora, compensación por incautaciones de propiedad o debido proceso jurídico) como derechos de reparación, para

¹²⁹ Ruggie, John, *Response to RAID “Executive Summary”*, 23 de marzo de 2015, p. 1, disponible en: <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/Ruggie%20response%20to%20RAID.pdf> (traducción del editor); en el original: “had deep seated doctrinal concerns about making corporations subjects of international human rights law”.

¹³⁰ Véase en general Alvarez, José, “Are Corporations “Subjects” of International Law?”, *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 9, núm. 1, 2011, pp. 1-36.

¹³¹ Véase Declaración de James Crawford S.C., *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy Inc., Republic of Sudan*, 453 F. Supp. 2d 633 (S.D.N.Y. 2006).

¹³² Véase en general Clapham, Andrew, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 76 (traducción del editor).

¹³³ Alvarez, José, *op. cit.*, p. 31 (traducción del editor).

demandar a Estados ante paneles internacionales de arbitraje.¹³⁴ En virtud de la Convención Europea de Derechos Humanos, también se le permite a las empresas iniciar procesos contra los Estados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por incautaciones de propiedad y denegación del debido proceso.¹³⁵ Los tratados de la UE también permiten a las empresas llevar casos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, si sus derechos han sido violados por una institución de la UE.

Sea cual sea la perspectiva sobre si las empresas son “sujetos” o “personas jurídicas” bajo el derecho internacional, si los tratados internacionales pueden otorgar derechos y reparaciones a las empresas en esas instancias resulta difícil discernir por qué un tratado no puede también imponer deberes de derechos humanos a las empresas, exigibles ante tribunales nacionales o internacionales. La imposición por parte de un tratado sobre empresas y derechos humanos de obligaciones directas para las empresas parece ser una decisión política que debe ser tomada por los negociadores, y no una decisión determinada por el derecho internacional actual.

V. CONCLUSIÓN

Este artículo no pretende recomendar, sino informar. No adopta una posición respecto a la conveniencia de un tratado sobre empresas y derechos humanos, o sobre la forma y contenido de dicho tratado. Se presenta con la creencia de que un proceso de negociación informado requiere un conocimiento básico del contexto que condujo a la negociación, así como de las opciones, temas y decisiones a las que se enfrentan los negociadores.

Asimismo, este artículo proporciona un análisis del panorama y contexto político en el momento en el que el proceso del tratado dio comienzo. Sin embargo, el panorama varía constantemente, a través de la adopción de nuevas iniciativas en relación a las empresas y los derechos humanos por parte de los Estados, la sociedad civil y las empresas. Si un nuevo tratado u otros desarrollos legislativos abrirán el camino para los litigios de reforma estructural contra empresas privadas todavía está por ver.

¹³⁴ Véase en general Public Citizen, *Case Studies: Investor-State Attacks on Public Interest Policies*, Washington, 2014, disponible en: <http://www.citizen.org/documents/egregious-investor-state-attacks-case-studies.pdf>.

¹³⁵ Véase en general por ejemplo van den Muijsenbergh, Winfried H. A. M. y Rezai, Sam, “Corporations and the European Convention on Human Rights”, *Global Business & Development Law Journal*, vol. 25, núm. 1, 2012, pp. 43-68.

TERCERA PARTE
LA RELACIÓN ENTRE ICCAL Y DEI EN GENERAL

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL. FINES Y MEDIOS

Juan Bautista JUSTO*
Juan Pablo BOHOSLAVSKY**

“Many of us thought that lack of standards for human rights the world over was one of the greatest causes of friction among the nations, and that recognition of human rights might become one of the cornerstones on which peace could eventually be based”.

Eleanor ROOSEVELT, *The promise of human rights*, 1948

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El problema de la tensión entre derechos humanos y DEI*. III. *Instituciones del DEI. La experiencia de la OMC y los AII*. IV. *Tipología de conflictos entre DEI y derechos humanos*. V. *El control de convencionalidad de las decisiones de las instituciones del DEI. Fundamentos*. VI. *Operatividad del control de convencionalidad de las decisiones del DEI*. VII. *Alternativas para evitar el conflicto entre derechos humanos y DEI*. VIII. *Conclusiones*.

* Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Nacional del Comahue, Argentina.

** Experto Independiente de la ONU en Deuda y Derechos Humanos, Doctor en Derecho. El texto se basa en varios trabajos anteriores de los autores, incluyendo Bohoslavsky, Juan Pablo y Justo, Juan Bautista, “Control de convencionalidad de los arbitrajes de inversión”, *Revista de Derecho Público*, t. 2010-II, pp. 235-309; Justo, Juan Bautista, *El Derecho Humano al Agua y Saneamiento frente a los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM)*, Santiago de Chile, Naciones Unidas, 2013; Justo, Juan Bautista, “Procedimientos locales y progresividad. El mandato participativo de los DESC”, *Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, núm. 5, 2013.

I. INTRODUCCIÓN

En el año 2000, un Grupo Especial de la Organización Mundial del Comercio (OMC) consideró que la excepción de acumulación de existencias establecida en el régimen de propiedad intelectual canadiense infringía el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC).¹ Esa excepción postula que no se violan los derechos del titular de una patente de medicamentos si, dentro de los seis meses previos a su vencimiento, se autoriza a otra firma a iniciar la fabricación del mismo producto con fines de almacenamiento pero no de venta. El sentido de la disposición es evitar que se discontinúe la producción del fármaco o que se genere un monopolio de facto del titular de la patente vencida, aspectos que son centrales —entre otros— para el éxito de la lucha contra el VIH en los países del tercer mundo. En ese proceso, la Unión Europea sostuvo que, en virtud del artículo 8 del ADPIC, “la salud pública, la nutrición y otros elementos de interés público debían subordinarse a la protección de los derechos de propiedad intelectual”.² A su vez, en 2012 un panel del CIADI desestimó el pedido de intervención de comunidades indígenas en litigios relacionados con disputas de tierras en Zimbabue, afirmando que no existían pruebas sobre la existencia de una interdependencia entre el derecho de inversiones y los derechos humanos.³

En este capítulo se explora la interacción de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos —en especial el interamericano— con dos áreas claves del derecho económico internacional (DEI), como son las referidas al comercio y a las inversiones. Dilucidar los alcances de ese vínculo es fundamental para el logro de los objetivos que guían la construcción del *Ius Commune* latinoamericano, una tendencia que se focaliza en promover el respeto de los principios de los derechos humanos, el desarrollo del Estado abierto y la conformación de instituciones internacionales eficaces y legítimas.⁴

¹ Véase OMC, *Canadá – Patentes para productos farmacéuticos*, Grupo Especial WT/DS114/R, 17 de marzo de 2000, párr. 8.1.

² *Ibidem*, párr. 4.30. Véase también párr. 7.36.

³ *Border Timbers Limited y otros v. República de Zimbabue* (Caso CIADI Núm. ARB/10/25), y *Bernhard von Pezold y otros v. República de Zimbabue*, Caso CIADI Núm. ARB/10/15, Orden Procesal Núm. 2, 26 de junio de 2012, párr. 58.

⁴ von Bogdandy, Armin, “Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una aclaración conceptual”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (eds.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pp. 3-23.

Para contribuir a alcanzar esas metas, se postula aquí que las autoridades internas de los Estados parte de los tratados de derechos humanos deben ejercer el control de convencionalidad de las decisiones emanadas de los órganos del DEI —paneles arbitrales y cuerpos de solución de controversias de la OMC— y, en caso de incompatibilidad con los derechos humanos, abstenerse de ponerlas en práctica o bien aplicar los mecanismos formales para la cesación de sus efectos. El fundamento de esa obligación es de orden histórico, lógico y jurídico: tal como expresa la Carta de las Naciones Unidas, los derechos humanos encarnan los fines del derecho internacional de posguerra, mientras que las instituciones del DEI deberían ser entendidas como medios establecidos para el logro de esos fines. Los medios no pueden prevalecer sobre los fines, sino que deben adecuarse a ellos. Cuando el medio comporta la frustración del fin, debe ser dejado de lado. Esa es la tarea del control de convencionalidad.

El control de convencionalidad es la *última ratio*. Para evitar que los conflictos se produzcan, los órganos del DEI deben tener en cuenta al momento de aplicar sus respectivos marcos normativos no sólo las normas sectoriales sino también los estándares provenientes de las convenciones de derechos humanos. En el caso de los Acuerdos Internacionales sobre Inversiones (AII), la armonización de los diferentes objetivos en juego se logra si los paneles arbitrales computan el deber estatal de protección de los derechos humanos cuando analizan la legalidad de las medidas que afectan al inversor. Por su parte, la OMC tiene en la cláusula de excepciones generales una herramienta sumamente útil para esa armonización.

II. EL PROBLEMA DE LA TENSIÓN ENTRE DERECHOS HUMANOS Y DEI

El sometimiento de los Estados a normas internacionales que penetran crecientemente en el funcionamiento doméstico implica la sujeción a un orden marcado por una pluralidad de fuentes obligacionales. De acuerdo a la visión predominante,⁵ y con la salvedad de las normas que lleguen a calificarse como

⁵ Véase 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, párrs. 26 y 85; Koskenniemi, Martti y Päivi, Leino, “Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, núm. 3, 2002, pp. 553-579; Marceau, Gabrielle, “Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions: The Relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties”, *Journal of World Trade*, vol. 35, núm. 6, 2001, pp. 1081-1131.

ius cogens, esas fuentes no están vinculadas formalmente por un nexo de jerarquía, por lo que la ampliación de su ámbito de aplicación conlleva el riesgo de un incremento de los conflictos entre los diferentes subsistemas.

Por otro lado, el poder público doméstico ya no tiene la última palabra. Asistimos al surgimiento de diferentes formas de jurisprudencia a cargo de cuerpos internacionales desconectados entre sí, que en ocasiones persiguen fines contradictorios. Por ejemplo, los Estados de América Latina deben acatar los fallos y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las recomendaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los laudos arbitrales de inversiones, las decisiones de los órganos de la OMC y las del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur, entre otros. Todos estos cuerpos se rigen por normas igualmente imperativas para el Estado —porque no se admite jerarquía entre ellas— y sus resoluciones deben ser atendidas por el país respectivo.

Paralelamente, en virtud de la regla de inoponibilidad del derecho interno plasmada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), las normas —tanto legales como constitucionales—, las sentencias y los actos emanados del Estado son para los cuerpos internacionales simples *hechos*,⁶ que se analizan a nivel internacional con independencia de su significación o jerarquía dentro del ordenamiento jurídico del respectivo Estado.⁷ Esa naturaleza meramente fáctica del cúmulo de expresiones del poder público nacional frente a las normas internacionales deja a los Estados inermes frente a los actos jurídicos que se crean en ese ámbito.

El nuevo escenario de pluralidad de subsistemas y la autonomía entre ellos hacen que los diferentes actores acudan a los foros más favorables para condicionar las políticas que les afectan. Se elige el foro y al hacerlo se determina el enfoque y el marco jurídico bajo el que será examinada la

⁶ Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), *Ciertos Intereses Alemanes en la Alta Silesia Polaca*, 1926, Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia Internacional, *Collection of Judgments*, Serie A, núm. 7, p. 19; Comisión de Derecho Internacional, Responsabilidad internacional (A/CN.4/106), *Segundo informe de F. V. García Amador, relator especial*, 15 de febrero de 1957, párr. 5; *Segundo informe sobre la responsabilidad de los Estados, por el Sr. Roberto Ago, relator especial*, 20 de abril de 1970, párr. 145. Corte IDH, *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículos 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-13/93 de 16 de julio de 1993, párr. 34.

⁷ Corte IDH, *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (artículos 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994, párr. 22.

controversia.⁸ Las tensiones interpretativas que existen entre los diferentes tribunales muestran que asistimos a una lucha por la hegemonía, en la cual cada subsistema aspira a que sus intereses sectoriales se identifiquen con el interés general del derecho internacional.

El DEI no escapa a ese fenómeno. Su arquitectura jurídica —tanto en materia de comercio como de inversiones— implica una inevitable transferencia de potestades regulatorias domésticas a favor de cuerpos internacionales. En la mayoría de los casos estos cuerpos operan a partir de la idea de una hermética separación con los regímenes de derechos humanos. Como resultado de esa disociación, los Estados se exponen a recibir reclamos desde ambos frentes: o bien se los responsabiliza por no adoptar las medidas necesarias para asegurar el goce efectivo de los derechos consagrados en los pactos de derechos humanos, o bien por tomar esas medidas y afectar con ello los intereses de los inversores o los compromisos de liberalización comercial. Esto ha sucedido, por ejemplo, en los casos de reclamos de inversores extranjeros que operaban empresas proveedoras de agua potable y servicio de saneamiento en Argentina, puesto que, entre otras cuestiones, el Estado no había permitido un aumento dolarizado de la tarifa dada la situación de colapso económico y social del país en ese momento y la necesidad de garantizar el acceso universal a esos servicios.

En ese marco, se explorará aquí la posibilidad de utilizar el dispositivo del control de convencionalidad para asegurar que las decisiones adoptadas por los órganos del DEI no comprometan el efectivo disfrute de los derechos humanos, especialmente por vía de incapacitar a los Estados en la implementación de las medidas de acción positiva que son necesarias para alcanzar ese disfrute en los países menos adelantados.⁹

⁸ Abramovich, Víctor, “Poderes regulatorios estatales en el pluralismo jurídico global”, *Sur*, núm. 21, 2015, p. 4.

⁹ Sobre estos aspectos, véase Bohoslavsky, Juan Pablo y Justo, Juan Bautista, “Inversiones extranjeras y derechos humanos: entre la permanencia y el cambio”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur*, vol. 3, núm. 5, 2015, pp. 65-94; Bohoslavsky, Juan Pablo y Justo, Juan Bautista, “Compatibilizando derechos de los inversores extranjeros y derechos humanos: ¿Por qué? ¿Cómo? ¿Quién? ¿Cuándo?”, en Tanzi, Attila y Gradoni, Lorenzo (eds.), *Derecho Internacional de las Inversiones Extranjeras: Problemas y Perspectivas*, Leiden, Brill, 2016, pp. 671-710; Bohoslavsky, Juan Pablo y Justo, Juan Bautista, “Control de convencionalidad...”, *cit.*; Bohoslavsky, Juan Pablo y Justo, Juan Bautista, *Protección del derecho humano al agua y arbitrajes de inversión*, LC/W.375-P/E, Documentos de proyectos, núm. 375, Santiago de Chile, CEPAL, 2010.

III. INSTITUCIONES DEL DEI. LA EXPERIENCIA DE LA OMC Y LOS AIIS

1. *La Organización Mundial de Comercio (OMC)*

La OMC es la institución que lidera en la actualidad el sistema multilateral de comercio. Fue constituida por el Acuerdo de Marrakech de 1994 como sucesora del GATT de 1947 luego de la Ronda Uruguay (1986-1994). Su establecimiento responde al predominio neoliberal plasmado en el Consenso de Washington e implicó un gran fortalecimiento del modelo de desregulación global.¹⁰ En este sistema, los Estados se comprometen a garantizar una serie de principios y objetivos al momento de regular el comercio. Entre ellos se destacan los de nación más favorecida (NMF),¹¹ trato nacional (TN),¹² transparencia,¹³ y libertad de comercio.¹⁴

¹⁰ Véase Faundez, Julio, “International Economic Law and Development: Before and After Neo-Liberalism”, en Faundez, Julio y Tan, Celine (eds.), *International Economic Law, Globalization and Developing Countries*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010, p. 21.

¹¹ La idea central del principio de NMF es que cada miembro de la OMC debe otorgar a los demás Estados parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a otro socio comercial o a cualquier tercero, sea parte de la OMC o no. Véase McRae, Donald, “MFN in the GATT and the WTO”, *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, vol. 7, núm. 1, 2012, pp. 1-24.

¹² Así como la NMF previene la discriminación entre productos importados, evitando que se conceda a unos un trato más favorable que a otros, el TN procura evitar que esa discriminación suceda entre los productos importados y los nacionales. En virtud de este compromiso, cada miembro debe brindar a los productos o servicios de los demás Estados parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios productos o servicios. Véase Ortino, Federico, *From “Non-Discrimination” to “Reasonableness”: A Paradigm Shift in International Economic Law?*, Jean Monnet Working Paper n° 01/05, 2005, p. 10, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=922524>.

¹³ Otra pauta esencial para dotar de seguridad jurídica y previsibilidad al tráfico internacional pasa por la divulgación de las prácticas y normas comerciales de cada país y su notificación a la OMC. El monitoreo periódico de esas políticas domésticas es implementado a través del Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales.

¹⁴ El propósito del sistema administrado por la OMC es evitar las distorsiones que en el comercio global produce el establecimiento unilateral de aranceles y otras barreras a las importaciones. Bajo una pauta de gradualidad que procura contemplar la situación de los países menos adelantados, los acuerdos de la OMC tienen por meta lograr una “liberalización progresiva” del comercio internacional. Para materializar esa liberalización se recurre a la “consolidación” de los compromisos, fijando topes uniformes para los aranceles que no pueden ser modificados de modo unilateral. Véase Hoekman, Bernard, “The WTO: Functions and Basic Principles”, en Hoekman, Bernard *et al.* (ed.), *Development, Trade, and The WTO. A Handbook*, The World Bank, Washington, 2002, p. 42.

El presupuesto económico de la OMC es el criterio de la ventaja comparativa, en función del cual cada país debe especializarse en la producción de bienes para los cuales tiene ventajas naturales o similares. La intervención gubernamental en el comercio distorsiona las señales de precios, llevando a un país a especializarse en productos para los que no tiene una ventaja comparativa y resintiéndolo así la eficiencia global. Es por ello que los dos principios básicos de la OMC —el NMF y TN— están pensados para facilitar las operaciones en el mercado, garantizando la igualdad de trato de las mercancías con total independencia de su país de origen. La estructura jurídica del sistema mundial de comercio administrado por la OMC se encuentra contenida en el Acuerdo de Marrakech y en sus diferentes anexos.¹⁵ Coincidente con el fin de la Guerra Fría, el clima político pro mercado que enmarcó el nacimiento de la OMC llevó a que la aparición de la nueva institución fuera acompañada de una trascendente reformulación del diseño previo. Entre los puntos más salientes del cambio se destacan la ampliación del ámbito de aplicación del derecho comercial internacional sustantivo —que pasó a incluir materias tradicionalmente excluidas de los compromisos multilaterales, como agricultura, servicios (mediante los GATS) y propiedad intelectual (mediante el ADPIC)— y la judicialización del mecanismo de resolución de diferencias.

En efecto, uno de los rasgos más destacables de la OMC es la fortaleza de su mecanismo de fiscalización de cumplimiento. En comparación con el modelo relativamente débil del GATT de 1947, el nuevo Entendimiento sobre Solución de Diferencias se caracteriza por inclinar fuertemente la balanza del sistema multilateral a favor de la función jurisdiccional global.

Los conflictos que dan lugar al inicio del proceso de solución de diferencias se relacionan con la alegación de una infracción a los acuerdos por parte de un miembro. Esa infracción proviene generalmente de la adopción de medidas que contravienen los compromisos de liberalización que dan sustento a

¹⁵ El ámbito de la OMC se encuentra delimitado en el Anexo 1, que incluye tres bloques temáticos: Anexo 1A, comprensivo de los acuerdos multilaterales sobre comercio de mercancías, con su núcleo general en el GATT de 1994, complementado por acuerdos en temáticas tales como agricultura, aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias, inversiones, normas de origen, subvenciones y salvaguardias, entre otras; Anexo 1B, conteniendo el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios y Anexos (GATS); y Anexo 1C, conteniendo el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). El Anexo 2 regula los procedimientos y las normas de acuerdo a los cuales se rige la solución de controversias, denominado “Entendimiento sobre Solución de Diferencias”. El Anexo 3 regula el “Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales” (MEPC). El Anexo 4 disciplina ciertos acuerdos comerciales sectoriales de naturaleza plurilateral, vinculados con comercio de aeronaves civiles, contratación pública, productos lácteos y carnes bovinas.

la OMC, ya sea mediante prácticas discriminatorias que violan los principios de NMF o TN, imposición de barreras arancelarias prohibidas, o similares.

La solución de esas diferencias se encuentra a cargo del Órgano de Solución de Diferencias (OSD), rol que tiene a cargo el Consejo General de la OMC, integrado por todos sus miembros. Esa labor se lleva a cabo con la asistencia de Grupos Especiales de expertos que examinan el caso y elaboran un informe que puede ser objeto de revisión, a cargo del Órgano de Apelación. La resolución del diferendo se materializa con la adopción del informe del Grupo Especial o —en su caso— del Órgano de Apelación por parte del OSD, lo cual ocurre en forma automática, a menos que se obtenga el consenso para revertirla. Una vez la decisión es firme, el OSD vigila su ejecución y puede incluso autorizar la adopción de medidas de retorsión en caso de incumplimiento.

Así, cuando en un caso se declara la incompatibilidad de la medida cuestionada con los acuerdos de la OMC, se ordena al miembro que regularice su situación suprimiéndola. Si no lo hace, se habilita al país ganador a reclamar una compensación o bien a suspender temporalmente las concesiones al incumplidor.¹⁶

Como puede verse, la OMC es el caso paradigmático de una institución internacional que tiene la capacidad jurídica de imponer normas, juzgarlas e instar su acatamiento con un nivel de eficacia que cualquier sistema de derechos humanos envidiaría. Obligaciones sustantivas y mecanismos de solución de controversias similares se encuentran en múltiples acuerdos de libre comercio a nivel bilateral y regional.

¹⁶ El Entendimiento sobre Solución de Diferencias no habilita a reclamar compensación por los perjuicios ocasionados por la medida que sean anteriores a la adopción de la decisión que da la razón al reclamante. La “reparación” consiste en la derogación o reforma de la medida que contraviene los compromisos multilaterales, todo ello dentro de un plazo razonable. Véase al respecto Allen, Brooks E. y Soave, Tommaso, “Jurisdictional Overlap in WTO Dispute Settlement and Investment Arbitration”, *Arbitration International*, vol. 30, núm. 1, 2014, pp. 1-58; Trachtman, Joel P., “Building the WTO Cathedral”, *Stanford Journal of International Law*, vol. 43, 2007, pp. 1-45. El sistema de resolución de controversias de la OMC no ofrece ningún mecanismo para reclamar la reparación de daños, pues la única medida que contempla es la cesación de la conducta ilícita y —eventualmente— la retorsión. La compensación necesariamente debe ser consensuada con el infractor, lo cual la priva de utilidad sobre todo si hay asimetría de fuerzas.

1. *Acuerdos Internacionales sobre Inversión (AII)*

En paralelo a la OMC, la estructura de protección de los inversores extranjeros —integrada por diferentes regímenes de solución de controversias previstos tanto en acuerdos bilaterales como regionales— se asienta en dos bases: la primera procesal, la segunda sustancial.

Desde una *perspectiva procesal*, esto es, desde los mecanismos que se aplican para resolver una disputa entre un inversor y el Estado que lo aloja, el sistema presenta las siguientes características:

- a) El AII se aplica a todas las inversiones extranjeras salvo las que estén expresamente excluidas, sin importar el rol estratégico o la relevancia nacional que pueda tener la actividad en la que ellas se insertan (por ejemplo, servicios esenciales o salud pública). De esa forma, sectores clave de la economía quedan sujetos a un modelo de internacionalización del derecho que consiste básicamente en extrapolar las reglas del arbitraje privado al campo del derecho público;
- b) Cuando los inversores (o un socio minoritario de ellos) se sienten afectados por alguna decisión del Estado que involucra cualquier aspecto de su inversión, pueden demandarlo directamente (sin necesidad de recorrer antes ningún camino interno)¹⁷ ante foros arbitrales en los cuales el poder político y de voto está concentrado en los principales países exportadores de capitales;
- c) A través de las “cláusulas paraguas”, las infracciones de compromisos contractuales por parte del Estado pueden ser elevadas a violaciones de sus obligaciones internacionales, con lo que cualquier aspecto de un acuerdo que el Estado celebre con un inversor en áreas como recursos naturales o servicios públicos esenciales puede terminar siendo dirimido en la jurisdicción arbitral;
- d) Los árbitros encargados de resolver la disputa pueden revisar la conducta de cualquier rama del Estado y desplazar del análisis al derecho nacional, aplicando los criterios del AII;

¹⁷ A diferencia de lo que sucede con los pactos de derechos humanos, la jurisdicción internacional prevista en los AII es principal y no subsidiaria; es decir que desplaza —y no complementa— la labor de los jueces locales. Véase Montt, Santiago, “What international investment law and Latin America can and should demand from each other. Updating the Bello/Calvo doctrine in the BIT generation”, en Kingsbury, Benedict *et al.* (eds.), *El Nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina*, Buenos Aires, Res Publica Argentina, 2009.

- e) La decisión que adopten esos árbitros tiene un marco de revisión sumamente limitado a nivel internacional¹⁸ y directamente nulo a nivel local.¹⁹ Los jueces nacionales no pueden controlar el laudo y deben ponerlo en práctica (por ejemplo, embargando bienes del Estado) como si fuera una sentencia emitida en autoridad de cosa juzgada.

En ese sistema de resolución de controversias que —como vemos— se caracteriza por sustraer absolutamente el conflicto de la esfera del país receptor, se aplican también una serie de principios sustanciales de protección a los inversores que se fijan en los AII. En general, se prohíben conductas que infrinjan estándares tales como el trato justo y equitativo,²⁰ el trato nacional²¹ y el de nación más favorecida,²² consagrándose también la prohibición de expropiar directa o indirectamente la inversión sin respetar las siguientes condiciones: *i*) persecución de una finalidad pública legítima; *ii*) ausencia de discriminación; *iii*) respeto del debido proceso, y; *iv*) pago de una pronta, adecuada y efectiva compensación al expropiado.²³

Ahora bien, el problema es que los AII establecen esos estándares con un alto grado de indeterminación, sin detallar con precisión los derechos y obligaciones de las partes.²⁴ Ello hace que sean los árbitros quienes en definitiva fijan la extensión concreta de los parámetros de protección de los inversores, con prácticamente nulas posibilidades de revisión. La situación se agrava porque los árbitros se designan para cada caso y no hay un régimen de unificación de criterios, por ejemplo, mediante un sistema permanente de revisión.²⁵

¹⁸ Artículo 52 del Convenio CIADI.

¹⁹ Artículo 54 del Convenio CIADI.

²⁰ Sobre sus alcances véase Bohoslavsky, Juan Pablo y Justo, Juan Bautista, “Inversiones extranjeras y derechos humanos...”, *cit.*

²¹ A diferencia de la OMC —donde el TN procura asegurar igualdad de oportunidades y por ende basta con verificar que existe una regulación contraria a esa posibilidad— en los AII debe acreditarse el daño efectivo causado al inversor.

²² Evitando aquí la discriminación entre inversores extranjeros provenientes de diferentes países.

²³ Véase Justo, Juan Bautista, “Amenazas y escudos protectores. Las inversiones en el sector energético y la saga de la expropiación en el derecho internacional”, *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería (RADHEM)*, núm. 13, 2017.

²⁴ Véase Kaushal, Asha, “Revisiting history: how the past matters for the present backlash against the foreign investment regime”, *Harvard International Law Journal*, vol. 50, núm. 2, 2009, pp. 491-534.

²⁵ En este punto, tanto la laxitud de los términos de los AII como la ausencia de un órgano permanente que unifique criterios son dos aspectos que los distinguen del régimen de la OMC. Véase Di Mascio, Nicholas y Pauwelyn, Joost, “Non-Discrimination in Trade and

En ese contexto, cuando la discrecionalidad que esa indeterminación trae aparejada se combina con una interpretación del AII que no toma en cuenta los deberes que el Estado tiene frente a su población (por ejemplo en materia ambiental, salud pública, agua, derechos humanos, igualdad racial, etcétera) ocurren interpretaciones expansivas de los derechos de los inversores que prácticamente los ponen a resguardo del riesgo empresarial y obturan la posibilidad de evolución institucional y desarrollo del país receptor.

IV. TIPOLOGÍA DE CONFLICTOS ENTRE DEI Y DERECHOS HUMANOS

Existen al menos dos maneras de definir un conflicto normativo en el derecho internacional. Según un criterio estricto, existe un conflicto si para una parte en dos o más tratados solo resulta posible cumplir una norma dejando de cumplir con la otra. Este es el abordaje que en general adoptan los órganos de resolución de controversias de la OMC.²⁶ Por el contrario, desde una perspectiva amplia, el conflicto puede suscitarse cuando un tratado llega a frustrar los fines de otro tratado, aun si no existe una incompatibilidad estricta entre sus disposiciones.²⁷ Esa es la perspectiva que nos parece más realista y menos formalista, además de ser más acorde con el artículo 41.a.ii de la CVDT.²⁸

Teniendo en miras esa noción amplia de conflicto, que incluye la frustración de los propósitos de los diferentes tratados, podemos ver que el control de convencionalidad que aquí se propone aborda diferentes hipótesis de colisión *directa* o *indirecta* entre las decisiones provenientes del DEI y los compromisos en materia de derechos humanos. Esa situación debe ser *prevenida* por los propios órganos de aplicación del DEI al definir el alcance de las normas aplicables o *remediada* por las autoridades nacionales

Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin?”, *American Journal of International Law*, vol. 102, 2008, pp. 48-89.

²⁶ OMC, *Guatemala – Cemento I*, Órgano de Apelación, WT/DS60/AB/R, 2 de noviembre de 1998, párr. 65; OMC, *Indonesia – Automóviles*, Grupo Especial WT/DS54, 55, 59 y 64/R, 23 de julio de 1998, párrs. 14.29-14.36 y 14.99; Marceau, Gabrielle, “WTO Dispute Settlement and Human Rights”, *European Journal of International Law*, vol. 13, núm. 4, 2002, pp. 753-814.

²⁷ Esta última noción es la que adopta la Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del derecho internacional...*, *cit.*, párrs. 24 y 25. Véase al respecto el capítulo de Manuel Eduardo Góngora Mera en este volumen.

²⁸ Esa disposición califica como hipótesis de conflicto con las previsiones de un tratado multilateral a la asunción de un compromiso ulterior que “sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado *en su conjunto*”. Véase en general Bartels, Lorand, *The Relationship between Treaties*, Paper for CIEL, 2001.

o supranacionales que velan por la observancia de los pactos. Los supuestos son los que siguen.

1. *Incompatibilidad directa*

En este supuesto la colisión entre la decisión del DEI y el tratado resulta directamente —*per se*— del contenido mismo de lo resuelto y no depende de otros factores externos (no es contingente). Ocurre al menos en tres casos, enumerados desde el mayor nivel de intensidad en la colisión al menor, aspecto que incide en la carga y amplitud de la prueba sobre esa contradicción:

A. *Orden de violar el tratado de derechos humanos*

En este caso, la decisión proveniente del DEI ordena al Estado que infrinja una norma del tratado de derechos humanos. Por ejemplo, en el caso *Ecuador v. Chevron*,²⁹ cumplir la medida cautelar del tribunal arbitral implicaba violar el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

²⁹ En 2012, un tribunal de Ecuador decidió rechazar el requerimiento efectuado por un panel arbitral de suspender una sentencia de ese país que condena a Chevron a pagar cerca de 18.000 millones de USD por daños ambientales causados a más de 30,000 personas; *Chevron Corporation —USA— & Texaco Petroleum Company —USA— v. The Republic of Ecuador*, Caso CPA Núm. 2009-23, laudo interino del 15 de enero de 2012, párrs. 11-16. Los jueces ecuatorianos ratificaron aquel dilema normativo que un importante sector de la academia insiste en calificar como meramente conjetural: “Por un lado, la fuerza vinculante para el Estado Ecuatoriano de los laudos arbitrales (en materia de inversiones), y por otro, la vigencia efectiva de los Derechos Humanos”. Y no dudaron en concluir que —en la disyuntiva entre cumplir el laudo y asegurar la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 25 de la CADH— debía prevalecer esta última; Corte de Sucumbíos, *Maria Aguinda y otros v. Chevron Corporation*, providencia del 17 de febrero de 2012, disponible en: <http://www.funcionjudicial-sucumbios.gob.ec/sucumbios/index.php/consulta-de-causas.html>. La saga es aún más compleja, puesto que los reclamantes solicitaron una medida provisional a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a fin que Ecuador se abstuviera de adoptar cualquier decisión que pudiera contravenir, menoscabar, o amenazar, los derechos humanos a la vida, integridad física, y salud de los afectados, así como sus derechos a un juicio justo en todo sentido, a gozar de protección judicial, a la determinación de medidas de resarcimiento para sus pretensiones judiciales y a la ejecución de dichas medidas, tal y como lo garantiza la CADH; Petición de una medida provisional de 9 de marzo de 2012, disponible en: <http://www.nd.edu/~ndlaw/faculty/cassel/IACHR-PM-request.pdf>. Esa solicitud fue luego retirada, pues los demandantes consideraron que la resolución del tribunal de Sucumbíos satisfacía sus necesidades de tutela. Véase Hepburn, Jarrod, “Ecuadorian Plaintiffs Withdraw Request for Protective Measures, After Sparring with Chevron over Need for Human Rights Authorities to Intervene”, *Investment Arbitration Reporter*, vol. 5, núm. 5, 2012.

(CADH) que —a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana— concibe al cumplimiento de las sentencias como elemento integrante del derecho de acceso a la justicia.³⁰

En el ámbito de la OMC, puede observarse esta hipótesis de incompatibilidad directa en la prohibición de aplicar mecanismos de ayuda a campesinos como estrategia de lucha contra el hambre, por considerarlos subsidios contrarios al derecho de la organización.

El Acuerdo sobre Agricultura de la OMC obliga a los miembros a ceñirse a los niveles de ayuda a los agricultores locales (a través de la compra estatal de la producción) que estaban vigentes en el periodo 1986-1988. Cuando excede dicho nivel, la medida doméstica se considera como un subsidio distorsivo y violatorio del régimen de la organización. El problema es que, en los años ochenta, los países desarrollados tenían un alto nivel de subsidios, mientras que los subdesarrollados, acuciados por la crisis de la deuda, carecían de asistencia en este punto. Al haber establecido esa fecha de corte, se ha atado a los países en vías de desarrollo a un escenario de ayuda cero, incapaz de abordar la inseguridad alimentaria en sus territorios. Como resultado de lo anterior, Estados Unidos puede dar subsidios por 1.608 USD anuales por persona mientras que India sólo por 25 USD. Dicho de otro modo, bajo el régimen de la OMC, Estados Unidos puede otorgar 64 veces más asistencia alimentaria que India (donde el 99% de los productores son de bajos ingresos), porque cualquier incremento implica un subsidio distorsivo.³¹

Como resultado de esas reglas, los compromisos de la OMC obstaculizan los programas de lucha contra el hambre mediante mecanismos de precios subsidiados, dando cuenta de una clara incompatibilidad entre la restricción al margen de acción nacional que marca la obligación de desregulación comercial y el deber de actuación positiva que reclama el derecho humano a la alimentación.

³⁰ Corte IDH, *Cinco Pensionistas v. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C Núm. 98; Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros v. Panamá*, Competencia, Sentencia de 28 de noviembre de 2003, Serie C Núm. 104, párr. 79.

³¹ Véase, por ejemplo, González, Carmen, “Institutionalizing Inequality: The WTO Agreement on Agriculture, Food Security, and Developing Countries”, *Columbia Journal of Environmental Law*, vol. 27, 2002, p. 433; González, Carmen, “Trade Liberalization, Food Security and the Environment: The Neoliberal Threat to Sustainable Rural Development”, *Transnational Law and Contemporary Problems*, vol. 14, 2004, p. 419; González, Carmen, “An Environmental Justice Critique of Comparative Advantage: Indigenous Peoples, Trade Policy, and the Mexican Neoliberal Economic Reforms”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 32, 2011, p. 723.

B. Inaplicación de la norma de derechos humanos

En este supuesto, la decisión adoptada en el marco del DEI declara —expresa o tácitamente— que los mandatos de derechos humanos no se aplican a la resolución del diferendo. Lo hace expresamente cuando —en caso de conflicto entre la cláusula del tratado de derechos humanos y la del instrumento del DEI— se desplaza a la primera y se sigue la segunda. Ocurre tácitamente cuando —al momento de solucionar la disputa— el órgano decisor se niega a analizar las defensas estatales fundadas en esas reglas por negar su calidad de derecho aplicable. En materia de inversiones ello ocurrió, por ejemplo, en los casos *Bivwater*³² y *Santa Elena*.³³ Lo mismo sucede si se afirma dogmáticamente —sin mayores precisiones— la inexistencia de conflicto normativo en el caso, como sucedió en *Azurix*³⁴ y *Suez*.³⁵

C. Invalidación de la medida de protección de los derechos humanos

En esta hipótesis, se estima ilícita (violatoria del AII o del derecho de la OMC) una medida estatal dictada en cumplimiento del deber de protección impuesto por los tratados de derechos humanos. Ello puede suceder, por ejemplo, si una medida regulatoria orientada razonable y fehacientemente hacia esa protección es declarada arbitraria, abusiva, infundada o discriminatoria.³⁶

En este rubro se pueden ubicar los casos arbitrales en los cuales se condenó a Argentina por las medidas extraordinarias dictadas en virtud de la profunda crisis económico-social padecida por ese país durante el periodo

³² *Bivwater Gauff v. Tanzania* (Caso CIADI Núm. ARB/05/22).

³³ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Costa Rica* (Caso CIADI Núm. ARB/96/1).

³⁴ *Azurix Corp. v. Argentina*, Caso CIADI Núm. ARB/01/12, laudo de 14 julio de 2006, párr. 361.

³⁵ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentina* (Caso CIADI Núm. ARB/03/19), párr. 262; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. Argentina* (Caso CIADI Núm. ARB/03/17), párr. 240.

³⁶ Bajo las reglas del TLCAN, los inversores han desafiado reiteradamente regulaciones sociales y ambientales, poniendo en evidencia la tensión entre los diferentes subsistemas. Véase entre otros *Ethyl Corporation v. Canadá* (UNCITRAL, Decisión sobre Jurisdicción, 24 de junio de 1998) relacionado con la prohibición de una sustancia por sus efectos cancerígenos y *Metalclad Corporation v. México* (Caso CIADI Núm. ARB(AF)/97/1), en el cual se cuestionaba la negación de un permiso para la instalación de un depósito de residuos. Véase también Spears, Suzanne, “The Quest for Policy Space in a New Generation of International Investment Agreements”, *Journal of International Economic Law*, vol. 13, 2010, pp. 1037-1075.

2001-2005, que estaban destinadas a garantizar la accesibilidad económica de ciertos servicios públicos básicos.³⁷

En esos laudos se resolvieron las demandas contra la República Argentina presentadas en el CIADI por titulares de empresas prestadoras de servicios públicos privatizadas, como resultado de la variación de las condiciones contractuales de esas privatizaciones luego de la crisis de los años 2001-2002 en ese país. En el contexto de dicha crisis, y tras la devaluación de la moneda local en el año 2002, las empresas prestadoras pretendieron mantener el valor de sus tarifas en dólares, lo cual implicaba cuadruplicar su costo para el usuario. La negativa del Estado argentino a esa exigencia hizo que varias empresas denunciaran que se había producido una expropiación indirecta de su inversión. El Estado se defendió alegando que las medidas habían respondido a un estado de necesidad que las justificaba. Esta clásica defensa en el marco de la responsabilidad internacional del Estado fue analizada por los árbitros con notable rigurosidad, dejando sin salida al país para enfrentar la crisis. De acuerdo a varios laudos, Argentina no podía invocar un estado de necesidad, pues o bien había contribuido en alguna medida a la crisis o bien existían otras alternativas para superarla. Consecuentemente, para estos paneles el gobierno debió mantener las tarifas en dólares, impidiendo el acceso al servicio a millones de personas,³⁸ lo cual ciertamente no era compatible con las obligaciones del Estado en materia de DESC.

Lo mismo ocurre con frecuencia en relación a la minería. Por ejemplo, en *Bear Creek v. Perú*, surgió una disputa ante el CIADI iniciada por una empresa minera canadiense luego que el gobierno peruano dejara sin efecto una declaración de interés del proyecto minero Santa Ana, como resultado de la oposición de los pobladores locales. La empresa adujo haber

³⁷ Véase Alvarez, José y Khamsi, Kathryn, *The Argentine Crisis and Foreign Investors: A Glimpse into the Heart of the Investment*, International Law and Justice Working Papers 2008/5, 2008, disponible en: <http://www.iilj.org/publications/the-argentine-crisis-and-foreign-investors-a-glimpse-into-the-heart-of-the-investment-regime/>; Kurtz, Jürgen, *Adjudging the Exceptional at International Law: Security, Public Order and Financial Crisis*, Jean Monnet Working Paper Series 06/08, 2008, disponible en: <http://www.jeanmonnetprogram.org/paper/adjudging-the-exceptional-at-international-law-security-public-order-and-financial-crisis-2/>.

³⁸ Véase *inter alia*, *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, Caso CIADI Núm. ARB/01/8, laudo de 12 mayo de 2005, párrs. 329 y 331; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A. v. Argentina* (Caso CIADI Núm. ARB/03/19), párrs. 257-264 —ratificado recientemente en la Decisión Sobre Anulación del 5 de mayo de 2017—; *Enron Corporation Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina*, Caso CIADI Núm. ARB/01/3, laudo de 22 mayo de 2007, párr. 339; *Sempra Energy International v. Argentina*, Caso CIADI Núm. ARB/02/16, laudo de 28 septiembre de 2007, párr. 373; *El Paso Energy International Company v. Argentina*, Caso CIADI Núm. ARB/03/15, laudo de 31 octubre de 2011, párr. 656.

sufrido una expropiación de su inversión y reclamó 550 millones de USD en reparaciones.³⁹

A nivel OMC, el caso de la excepción de “acumulación de existencias” en relación con el ADPIC es claramente calificable como una hipótesis de incompatibilidad directa entre el deber de protección del derecho a la salud y los compromisos comerciales. Puede ocurrir también que el laudo interprete los términos del AII o del derecho de la OMC ignorando y contradiciendo los mandatos impuestos por los instrumentos de derechos humanos, aplicando sus conceptos jurídicos indeterminados (por ejemplo, trato justo y equitativo) de modo incompatible con las directivas de aquéllos.

Ello sucede, por ejemplo, si se decide que no resulta originariamente exigible al prestador de un servicio público —como el de suministro de agua potable— garantizar su continuidad o salubridad aun sin disposición expresa, y que esa exigencia “ulterior” es indemnizable sin atenuantes. También ocurre cuando se establece que no es exigible a un inversor asegurar la eficacia de los medicamentos que produce o la seguridad de las obras que construye; o la no contaminación excesiva, el pago de salarios dignos u otorgamiento de beneficios de seguridad social a los trabajadores, la imposibilidad de recurrir a mano de obra infantil, el respeto de derechos de inmigrantes indocumentados o la prohibición de discriminación por razón de raza, sexo, religión o inclinaciones políticas, entre otros aspectos. Otro escenario sería cuando se declara que se debe indemnizar a los inversores, en una extensión que no contemple los intereses convencionales comprometidos, teniendo en cuenta la accesibilidad al servicio⁴⁰ o producto⁴¹ por parte de ciertos grupos vulnerables.

Todas esas obligaciones convencionales —*erga omnes*— no pueden ser sencillamente ignoradas por el inversor porque ya han sido declaradas en los tratados de derechos humanos y, por ende, su implementación no implica un cambio de reglas de juego indemnizable. La interpretación contraria denotaría que el inversor tiene asegurada la facultad de no respetar los derechos humanos, solución no admisible.

³⁹ *Bear Creek Mining Corporation v. Perú* (Caso CIADI Núm. ARB/14/21). Finalmente, el panel arbitral condenó a Perú a indemnizar a la compañía por un monto total de 20 millones de USD (*Bear Creek Mining Corporation v. República del Perú*, Caso CIADI Núm. ARB/14/21, 30 de noviembre de 2017).

⁴⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General Núm. 15, El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto)*, E/C.12/2002/11, 20 de enero de 2003.

⁴¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General Núm. 12, El derecho a alimentación adecuada (artículo 11 del Pacto)*, E/C.12/1999/5, 12 de mayo de 1999.

De esa forma, si un laudo declara como expropiación indirecta a una medida estatal que reglamenta razonablemente el ejercicio de la actividad del inversor con el fin de proteger un derecho convencional, por ejemplo fijando estándares de conducta generalmente admitidos en el plano global en materia laboral o ambiental, incurriría en este supuesto de incompatibilidad.

2. *Incompatibilidad indirecta*

En el segundo supuesto, la colisión ya no deriva *per se* del contenido de la decisión proveniente del DEI, sino de su conjunción con factores externos, fundamentalmente la capacidad presupuestaria del Estado para sufragar el cumplimiento de sus deberes en materia de derechos humanos.

Puede acaecer que la resolución soslaye el necesario sentido convencional de una medida estatal e induzca en el Estado un comportamiento incompatible con el deber de protección. Ello ocurre si la decisión de los árbitros o del OSD, aun cuando reconozca la validez de la medida estatal, impone una carga desproporcionada al Estado en virtud de patrones reparatorios que desconocen la presencia de esos intereses en la disputa en cuestión. Lo mismo sucede de permitirse la adopción de represalias en un ámbito económico diferente al ámbito económico en el que el incumplimiento ocurrió, pues ello es especialmente gravoso para los países con economías primarizadas que no tienen sus exportaciones diversificadas.

Desde esa perspectiva, cuando la interpretación del DEI se traduce —a través de una condena que habilita un reclamo indemnizatorio o una represalia— en un costo económico, social o presupuestario que compromete la capacidad estatal para cumplir con sus obligaciones en materia de derechos convencionales —sean éstos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales— el país queda sumido en una disyuntiva que la premisa de jurisdicción del derecho internacional debería desalentar: incumplir el DEI —y exponerse a condenas por ello— o hacer lo mismo con los pactos y arriesgarse a similar desenlace. El ordenamiento internacional, visto como un todo, no debería demandar a los Estados que se ubiquen en escenarios de infracción a sus diferentes deberes que distan de ser hipotéticos, al menos en países en los que actualmente puede constatarse una clara deuda —cuantificable monetariamente— en la cobertura mínima de acceso a ciertos derechos.⁴²

⁴² UNDP, *What Will It Take to Achieve the Millennium Development Goals? – An International Assessment*, Nueva York, UNDP, 2010.

Ahora bien, el Estado debe demostrar de modo fehaciente que aquella medida que se traduce en la limitación material de los derechos del inversor o en un incumplimiento de sus compromisos comerciales tiene por objeto cumplir adecuada, necesaria y proporcionalmente⁴³ con el deber de protección de algún derecho convencional de titulares identificables individual o grupalmente. En otros términos, debe probar que el objeto tangible y viable de la medida es abandonar su rol de infractor en ese campo y respecto a esas personas. No alcanza con invocar conceptos como el bien común o el interés general ni tampoco ampararse en el mero cambio de estrategias gubernamentales o de orientación del gasto público, si no se acredita que esas decisiones vienen exigidas jurídicamente por las convenciones. Por ejemplo, el Estado deberá probar que la decisión constituye el único modo⁴⁴ de satisfacer las obligaciones básicas inderogables del PIDESC (acceso a niveles esenciales de cada derecho y no discriminación) o el mandato de progresividad y sus presupuestos (destino del máximo de recursos disponibles y no regresividad) contenido en ese instrumento.

Cuando se demuestra que la medida materializa —bajo el *test* de proporcionalidad— ese deber de cumplimiento y que la medida del DEI compromete su viabilidad en un escenario de claro déficit de protección y ausencia de recursos, nos encontraremos ante una hipótesis indirecta de colisión que debe neutralizarse para no someter al sistema internacional a tensiones irreconciliables. No cabe aquí aducir la fungibilidad de los recursos fiscales para negar la posibilidad de incompatibilidad entre la decisión del DEI y los deberes convencionales. Esa fungibilidad funciona, naturalmente, en un escenario de disponibilidad de recursos, y por ende se termina cuando el presupuesto global del Estado no permite pagar los laudos derivados de la interpretación del AII y cumplir mínimamente los mandatos convencionales, o afrontar los costos sociales y económicos de una represalia comercial. Es evidente que esos mandatos imponen erogaciones públicas cuantificables en forma precisa para cada derecho (por ejemplo, el porcentaje de recursos pre-

⁴³ Corte IDH, *Kimel v. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C Núm. 177, párr. 70 y ss.; Corte IDH, *Barreto Leiva v. Venezuela*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de noviembre de 2009, Serie C Núm. 206, párr. 55; Corte IDH, *Ricardo Canese v. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C Núm. 111, párr. 132; Comité de Derechos Humanos, *Observación General Núm. 27, Libertad de circulación - artículo 12-*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, 2 de noviembre de 1999, párrs. 14-16.

⁴⁴ Skogly, Sigrun, “The Requirement of Using the «Maximum of Available Resources» for Human Rights Realisation: A Question of Quality as Well as Quantity?”, *Human Rights Law Review*, vol. 12, núm. 3, 2012, p. 393.

supuestarios que demanda en un determinado país el cumplimiento de las obligaciones básicas en materia de derecho a la salud, vivienda o educación).⁴⁵

En estos supuestos de incompatibilidad indirecta, la mecánica de infracción de la Convención se establece mediante la síntesis de dos condiciones sucesivas: primero, una decisión del DEI que subestima la función convencional de una medida estatal, y segundo, el impacto económico y/o presupuestario negativo que dicha decisión genera en el caso concreto, que además se proyecta como mensaje hacia la acción estatal en su conjunto, impidiendo utilizar las herramientas regulatorias que ofrece la Convención para balancear adecuadamente la propiedad con otros derechos. Ello ocurre, al menos, en tres casos que se enuncian a continuación, desde el mayor nivel de intensidad en la colisión al menor, aspecto que incide en la carga y amplitud de la prueba sobre esa contradicción.

A. *Inhibición de medidas de protección inmediata* (niveles mínimos de acceso al derecho)

Si la decisión del DEI impide asegurar las obligaciones básicas en materia de derechos humanos, estaremos ante este supuesto, caracterizado por una mayor posibilidad estatal de probar la incompatibilidad.⁴⁶

Por ejemplo, en el marco del PIDESC, “corresponde a cada Estado parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos”.⁴⁷ En gran parte, la razón de ser de esta convención internacional se deriva de este aspecto.⁴⁸ Respecto a

⁴⁵ Relatora especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento, *Informe de la relatora especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento*, A/66/255, 3 de agosto de 2011, párr. 11.

⁴⁶ Moon, Gillian, “Fair in Form, But Discriminatory in Operation – WTO Law’s Discriminatory Effects on Human Rights in Developing Countries”, *Journal of International Economic Law*, vol. 14, núm. 3, 2011, pp. 553-592.

⁴⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General Núm. 3, La índole de las obligaciones de los Estados parte (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, E/1991/23, 14 de diciembre de 1990, párr. 10.

⁴⁸ “No todas las obligaciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales pueden calificarse como de realización progresiva. Algunas de ellas, como la obligación de adoptar medidas para permitir la realización de los derechos, la prohibición de discriminar y las obligaciones básicas mínimas son de efecto inmediato. Todos los derechos también pueden incluir aspectos que entraña la realización inmediata.”; Consejo Económico y Social, *Informe de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos sobre la aplicación de la normativa sobre los derechos económicos, sociales y culturales*, E/2009/90, 8 de junio de 2009, párr. 12.

este punto, se debe tener en cuenta que “para que cada Estado parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición con el fin de satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas”.⁴⁹

Por lo tanto, el Estado tiene el deber de demostrar inmediatamente que ha logrado garantizar el disfrute de niveles mínimos de cada derecho.⁵⁰ No es suficiente alegar que ha adoptado medidas que conducen a ello, sino que debe exponer resultados, y en caso de que invoque la imposibilidad material de lograrlo por falta de recursos tiene que acreditar que ha priorizado esa obligación al utilizar los que posee.

Pues bien, si la decisión en el campo de un AII o de la OMC impide —por su impacto económico o presupuestario— la ejecución de las medidas imprescindibles para cumplir con las obligaciones básicas en materia de DESC —o, igualmente, con otras vinculadas con derechos civiles y políticos— nos hallaremos ante esta hipótesis de incompatibilidad indirecta. Muestra de ello sería el supuesto de inobservancia de los claros mandatos que —en este tipo de obligaciones— detalla el Comité DESC en sus Observaciones Generales relativas a salud, agua y saneamiento, educación o previsión social, entre otras.⁵¹

B. Imposición de medidas regresivas

Ello ocurre cuando el impacto de la decisión del DEI obliga a retroceder en el nivel de protección de un derecho. Por ejemplo, cuando se ha alcanzado

⁴⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General Núm. 3...*, cit., párr. 10.

⁵⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General Núm. 15...*, cit., párr. 40.

⁵¹ *Ibidem*, párr. 12; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General Núm. 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto)*, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 12; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General Núm. 13, El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)*, E/C.12/1999/10, 8 de diciembre de 1999; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General Núm. 11, Planes de acción para la educación primaria (artículo 14 del Pacto)*, E/C.12/1999/4, 10 de mayo de 1999, párr. 11; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General Núm. 4, El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)*, E/1992/23, 13 de diciembre de 1991; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General Núm. 19, El derecho a la seguridad social (artículo 9 del Pacto)*, E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008.

un estándar determinado de cobertura en materia de salud, educación o similares y los efectos de la medida llevan a su reducción.

C. *Inhibición de medidas progresivas*

Paralelamente a la obligación de exponer los logros fundamentales —tales como la ausencia de discriminación y la garantía de niveles mínimos de disfrute de cada derecho— el artículo 2.1 del PIDESC obliga de manera inmediata a adoptar medidas que sirvan como un camino apropiado para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos establecidos en el pacto.⁵²

La implementación de dichas medidas es exigible sin dilaciones, pero —a diferencia de las obligaciones básicas, en las que se cumple con la obligación al garantizar la cobertura mínima, aun cuando dicha cobertura no sea plena— aquí el deber internacional se satisface introduciendo medidas tendientes a asegurar el pleno ejercicio de los derechos, aunque no ofrezcan resultados inmediatos. En la lógica del mencionado pacto, el goce mínimo de los derechos contenidos en el mismo es un logro actual, y el goce pleno un logro futuro que se deriva de las políticas actuales.

Cuando el DEI compromete —económica o presupuestariamente— la posibilidad de satisfacer ese mandato de logro progresivo de los DESC estaremos ante un nuevo caso de incompatibilidad indirecta.

V. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LAS DECISIONES DE LAS INSTITUCIONES DEL DEI. FUNDAMENTOS

La relación entre las normas del DEI y otras fuentes del derecho internacional es motivo de un intenso debate.⁵³ En aras de contribuir a esas discusiones, postulamos aquí que los órganos de aplicación de los tratados de derechos

⁵² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General Núm. 3...*, *cit.*, párr. 9.

⁵³ Sobre este debate, véase *inter alia* Bartels, Lorand, “Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings”, *Journal of World Trade*, vol. 35, núm. 3, 2001, pp. 499-519; Marceau, Gabrielle, “WTO Dispute Settlement...”, *cit.*; Pauwelyn, Joost, “The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?”, *American Journal of International Law*, vol. 95, 2001, pp. 535-578; Petersmann, Ernst-Ulrich, “The WTO Constitution and Human Rights”, *Journal of International Economic Law*, vol. 3, núm. 1, 2000, pp. 19-25; Alston, Philip, “Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann”, *European Journal of International Law*, vol. 13, 2002, pp. 815-844. Sobre la relación

humanos —tanto internos como supranacionales— tienen la potestad de controlar la convencionalidad de las decisiones adoptadas por los órganos del DEI —en este caso, por los paneles arbitrales y el OSD de la OMC— y actuar en consecuencia.

En caso de detectarse un conflicto entre los requerimientos de un pacto de derechos humanos y lo resuelto en un arbitraje de inversiones, tanto el país destinatario como terceros Estados deben abstenerse de aplicar el laudo.

Por su parte, en el supuesto en que la colisión se produzca entre un tratado de derechos humanos y una decisión del OSD de la OMC, debe ocurrir alguna de las siguientes dos cosas, teniendo en miras para ello el principio de subsidiariedad en la protección internacional de los derechos. En primer término, los propios órganos internos del Estado vencedor —en especial los tribunales, de oficio o a pedido de parte— deben requerir que ese Estado se abstenga de aplicar la decisión si ello deriva en la lesión de derechos humanos. Si ello no ocurre, cualquier Estado parte del tratado de derechos humanos cuya eficacia se encuentre en entredicho debería activar los mecanismos internacionales para requerir la cesación de los efectos de la medida de la OMC, formulando para ello las denuncias interestatales previstas en los sistemas universal y regionales de derechos humanos contra el o los Estados que la pongan en práctica.

El control de convencionalidad, esto es, la verificación de la compatibilidad de la práctica estatal —cualquiera sea su origen o forma— con las directivas de los tratados de derechos humanos,⁵⁴ constituye una derivación natural del tipo de obligaciones que ellos imponen. Esa labor de compati-

entre derechos humanos y AII, véase Bohoslavsky, Juan Pablo y Justo, Juan Bautista, “Compatibilizando derechos de los inversores extranjeros y derechos humanos...”, *cit.*

⁵⁴ El término “control de convencionalidad” fue acuñado por juez Sergio García Ramírez en sus votos en los casos Corte IDH, *Myrna Mack Chang v. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C Núm. 101, párrs. 26 y 27; Corte IDH, *Tibi v. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C Núm. 114, párr. 3 y Corte IDH, *Vargas Areco v. Paraguay*, 26 Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C Núm. 155, párrs. 6 y 12. La doctrina es adoptada en Corte IDH, *Almonacid Arellano y otros v. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C Núm. 154, párrs. 123-125 y reiterada, entre otros, en Corte IDH, *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C Núm. 158, párr. 128; Corte IDH, *La Cantuta v. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C Núm. 162, párr. 173; Corte IDH, *Cabrera García y Montiel Flores v. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C Núm. 220, párr. 225; Corte IDH, *Gelman v. Uruguay*, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C Núm. 221, párr. 193.

lización materializa el deber primario que pesa sobre los Estados de adoptar las medidas necesarias para asegurar el goce efectivo de los derechos respecto de las personas sometidas a su jurisdicción. Es por ello que la Corte Interamericana la ha erigido como un deber oficioso⁵⁵ y con efectos *erga omnes*⁵⁶ en cabeza de todos los órganos estatales.⁵⁷

Como podrá advertirse, en la postulación de la posibilidad de controlar la compatibilidad de las decisiones de los órganos del DEI con los derechos humanos —y de desplazar la exigibilidad de las primeras en caso de conflicto— subyace la afirmación de una primacía de los compromisos estatales en materia de derechos humanos sobre los relativos al comercio o las inversiones. La razón de esa primacía es simple: los derechos humanos expresan los fines del derecho internacional actual, mientras que las instituciones del DEI tienen la condición de medios. La marca del legado humanista del derecho internacional de posguerra es, precisamente, la preeminencia teleológica de los derechos humanos que da sentido a todo el sistema.⁵⁸ Creer que ese legado ha sido reemplazado por el consenso neoliberal de los noventa es lo que ha llevado a mantener una discusión algo artificiosa. Jurídica —y no solo moralmente— las personas son más importantes que los negocios, y ello se explicita en el carácter instrumental del vínculo entre DEI y derechos humanos.

1. *La estrategia del libre comercio no abroga el legado humanista de posguerra*

Los derechos humanos son, en primer lugar, un intento de respuesta frente a algunas de las grandes tragedias de la humanidad.⁵⁹ Las comunidades, a medida que aumentan sus niveles de bienestar global, van estableciendo ciertos pisos mínimos de convivencia y en la época actual esos pisos mínimos son los derechos humanos. Al reconocerlos, la comunidad internacional ha asumido que cada individuo, sin importar su raza, sexo, nacionalidad o

⁵⁵ Corte IDH, *Trabajadores Cesados del Congreso...*, *cit.*, párr. 128.

⁵⁶ Corte IDH, *Barrios Altos v. Perú*, Interpretación de la Sentencia de Fondo, Sentencia de 3 de septiembre de 2001, Serie C Núm. 83, párr. 18.

⁵⁷ Corte IDH, *Cabrera García y Montiel Flores...*, *cit.*, párr. 225; véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Conventionality Control. The New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights”, *American Journal of International Law, Symposium: The Constitutionalization of International Law in Latin America*, vol. 109, 2015, pp. 93-99.

⁵⁸ Sin un fin último todo proceso organizativo sería infinito; Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Madrid, Alianza Editorial, 2005, p. 14.

⁵⁹ Habermas, Jürgen, “The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights”, *Metaphilosophy*, vol. 41, núm. 4, 2010, pp. 464-480.

condición social, puede demandar el acceso a determinados estándares materiales e inmateriales de vida, así como la protección de ciertos intereses. Dicha comunidad internacional, en función de ello, se ha comprometido a no tolerar las prácticas que los vulneren. Los intereses protegidos no se identifican caprichosamente, sino que deben reunir dos condiciones: por un lado, son intereses que se consideran fundamentales para el desarrollo de cada persona y, por el otro, que la historia demuestra que están bajo amenaza.⁶⁰

De esta manera, los tratados de derechos humanos constituyen técnicas decididamente prácticas de organización social que responden a un consenso internacional que fue catalizado por las atrocidades de las dos grandes guerras,⁶¹ pero que se actualiza a diario debido a la persistencia y renovación de muchas violaciones. El acuerdo y la materialización de esos pisos mínimos de interacción entre las personas, comunidades y grupos se basa en una elección racional y juega un papel estratégico fundamental: asegurar condiciones básicas para que sea posible la convivencia pacífica y una resolución eficiente —sin excesivos costos— de las controversias. El sistema de protección universal de los derechos humanos asumió ese dato desde sus inicios: “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalie-

⁶⁰ La teoría política occidental moderna se asienta sobre dos ideas: a) todos tenemos ciertos derechos, y b) esos derechos están bajo amenaza. Para sortear esa amenaza debemos crear cierto tipo de instituciones políticas. El constitucionalismo es el resultado de esa estrategia. En una primera etapa, se recurrió a un constitucionalismo sujeto al Estado-Nación. Sin embargo, las insuficiencias de ese modelo para eliminar la amenaza llevaron a que esos contenidos fueran sustraídos del dominio doméstico y transferidos a la esfera internacional. No hay cambio en la sustancia, pero sí en las competencias, por eso hablamos ahora de constitucionalismo global. Véase Locke, John, *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, Buenos Aires, Losada, 2003, p. 13; Hobbes, Thomas, *Leviatán*, Buenos Aires, Losada, 2004, t. I, p. 129; véase también Henkin, Louis, “Human Rights and State «Sovereignty»”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 25, 1996, pp. 31 y 32; Justo, Juan Bautista, “La tragedia ambiental y la pieza que falta”, *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires, vol. 2, núm. 1, 2013, pp. 155-175; Justo, Juan Bautista, “El fin de la promesa constitucional”, *Revista Argentina de Justicia Constitucional*, núm. 4, 2017.

⁶¹ Véase, por ejemplo, Cohen, Benjamin, “Human Rights under the United Nations Charter”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 14, núm. 3, 1949, pp. 430-437; McDougal, Myres S. y Bebr, Gerhard, “Human Rights in the United Nations”, *The American Journal of International Law*, vol. 58, núm. 3, 1964, pp. 603-641; Mazower, Mark, “The Strange Triumph of Human Rights, 1933-1950”, *The Historical Journal*, vol. 47, núm. 2, 2004, p. 379; Hassan, Parvez, “The International Bill of Human Rights”, *Pakistan Horizon*, vol. 26, núm. 4, 1973, pp. 28-42; Chopra, Surendra, “Universal Declaration of Human Rights. A Study”, *The Indian Journal of Political Science*, vol. 20, núm. 4, 1959, pp. 371-378.

nables de todos los miembros de la familia humana”.⁶² Dicho de otro modo, si no reconocemos y ponemos en práctica estos derechos no habrá libertad ni justicia, y menos paz. Es por esa gravitación que los instrumentos jurídicos para su amparo han avanzado vertiginosamente en las últimas décadas.

En definitiva, los derechos humanos son técnicas que sirven para conseguir el objetivo de una convivencia pacífica. En la actualidad se entiende que ello se logra fijando un catálogo de pisos mínimos de interacción que se basan en tres necesidades: *i*) respetar los planes de vida de las personas evitando la interferencia mutua (privacidad, libertades de expresión, religión, comercio, contrato, debido proceso, DESC); *ii*) impedir que se establezcan sacrificios sin que los mismos redunden en beneficio del agente (supremacía de los derechos humanos), y *iii*) tratar a las personas de acuerdo a sus decisiones y no por su pertenencia a un determinado grupo (igualdad y no discriminación).⁶³

El reconocimiento y administración de estos pisos mínimos de convivencia ha pasado en Occidente por tres grandes fases: derechos naturales universales, derechos fundamentales a nivel nacional y derechos humanos universales.⁶⁴ La Segunda Guerra Mundial mostró que era necesario ingresar en una etapa en la cual los derechos de las personas no dependieran solamente de sus gobiernos, sino que contaran con el amparo de todos los países. Ese propósito se materializó en la consagración jurídica formal de los derechos humanos a nivel internacional (derechos positivos universales), es decir, como estándares compartidos y respaldados por todas las naciones.⁶⁵

Es precisamente por la trama histórica que enmarca su nacimiento que los pactos de derechos humanos presentan una serie de rasgos peculiares que los diferencian de los tratados tradicionales. Fundamentalmente, este tipo de convenciones establece un orden jurídico nuevo —y no simples obligaciones recíprocas— integrado por una serie de obligaciones que resultan exigibles a los Estados por parte de los demás Estados aún sin necesidad de probar la afectación de un nacional —de ahí su calificación de objetivas— y que deben ser aseguradas por una acción conjunta (garantía colectiva).⁶⁶

⁶² Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

⁶³ Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Astrea, 1989.

⁶⁴ Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.

⁶⁵ Teitel, Ruti, “Human Rights Genealogy”, *Fordham Law Review*, vol. 66, núm. 2, 1997, pp. 301-317.

⁶⁶ SSTEDH, *Irlanda v. Reino Unido*, 18 de enero de 1978, párr. 239; Corte IDH, “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (artículo 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982, párr. 24.

Al mismo tiempo, las obligaciones de derechos humanos se fundamentan en normas constitutivas y de fondo, por lo que expresan la adhesión a un sistema normativo y no un intercambio de derechos y deberes.⁶⁷

De tal modo, la firma de un tratado de esta índole no responde a una negociación bajo pautas de reciprocidad —a una transacción de intereses en competencia—, sino a la existencia de desafíos comunes —la defensa de ciertos intereses básicos— para cuya superación se recurre a la unidad. No hay, luego de la ratificación de un tratado de este tipo, zonas de actividad estatal exentas de esa red de compromisos y garantías. Una vez que el compromiso estatal se concreta —por medio de la ratificación—, el sistema mismo al que se somete el país “está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo”.⁶⁸

Los tratados de derechos humanos pasan, así, a constituir un orden jurídico que abarca todos los ámbitos de la actividad estatal, estén éstos vinculados al plano interno o a la firma y ejecución de otros tratados. Un Estado parte no puede celebrar un tratado que lo incapacite para cumplir con sus deberes establecidos en las convenciones sin incurrir en responsabilidad internacional por su inobservancia.⁶⁹ Si pretende mantenerse en las fronteras de los pactos debe dar cuenta de ellos no solo en el plano doméstico, sino también en sus relaciones internacionales. Esa vocación expansiva que caracteriza a los tratados de derechos humanos⁷⁰ obedece, en definitiva, a la necesidad de mantener la coherencia entre las leyes instrumentales y el sistema normativo más amplio en el cual ellas se insertan.

Contrastando con esos rasgos, el carácter instrumental de las normas del DEI se confirma en la naturaleza bilateral, contractual y separable de las obligaciones que generan,⁷¹ lo cual lleva a la ausencia de efectos *erga*

⁶⁷ Provost, Rene, “Reciprocity in Human Rights and Humanitarian Law”, *British Yearbook of International Law*, vol. 65, 1994, p. 386.

⁶⁸ Corte IDH, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta - artículos 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986, párr. 24.

⁶⁹ ECommHR, Decision n° 235/56, 10 de junio de 1958, Yearbook 2, p. 300; ECommHR, M. & Co., 9 de febrero de 1990; STEDH, *Pellegrini v. Italia*, 20 de julio de 2001, párr. 40.

⁷⁰ Véase Corte Internacional de Justicia, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Sentencia de 30 de noviembre de 2010, opinión separada del juez Cançado Trindade, párr. 85.

⁷¹ Pauwelyn, Joost, “A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature?”, *European Journal of International Law*, vol. 14, núm. 5, 2003, pp. 907-951.

omnes o de remedios colectivos, a la plena posibilidad de denuncia⁷² y al predominio de los componentes de los tratados clásicos.

Que las convenciones de derechos humanos fueron instituidas para alcanzar los fines últimos del derecho internacional de posguerra se comprueba también desde los registros históricos.⁷³ La firma de la Carta de las Naciones Unidas (ONU), máxima expresión jurídica de los nuevos objetivos, cristalizó el compromiso de la comunidad internacional con la paz y los derechos humanos. Dando cuenta de su importancia para la etapa que comenzaba, la Carta se refiere a los derechos humanos en siete ocasiones (Preámbulo y artículos 1, 13, 55, 62, 68 y 76)⁷⁴ y encomienda la determinación de sus alcances a uno de los órganos de la nascente organización —la Comisión de Derechos Humanos.⁷⁵ Ese mandato se concretaría en el hito más importante del derecho internacional de posguerra, que es la sanción de la Declaración Universal de Derechos Humanos.⁷⁶

Pues bien, en los noventa el mundo entendió que los propósitos humanistas del derecho internacional serían alcanzados mejor mediante la libre circulación de bienes y capitales, pero no convirtió a esas estrategias en fines en sí mismos. Por el contrario, desde los propios tratados en la materia se reafirma el rango instrumental de esos mecanismos.

Por un lado, según se lee en el preámbulo del Acuerdo de Marrakech, la OMC fue creada con el propósito de “elevar los niveles de vida”, “lograr el pleno empleo”, “acrecentar la producción y el comercio de bienes y servicios” y permitir “la utilización óptima de los recursos mundiales”, todo ello “de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible”.⁷⁷

⁷² Corte Internacional de Justicia, *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (Opinión Consultiva), I.C.J. Reports, 1951, p. 15; Comité de Derechos Humanos, *Observación General n° 24, Cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto*, HRI/GEN/1/Rev.7, 1994.

⁷³ Henkin, Louis, “The Universality of the Concept of Human Rights”, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 506, 1989, pp. 10-16.

⁷⁴ McDougal, Myres S. y Leighton, Gertrude C. K., “The Rights of Man in the World Community: Constitutional Illusions versus Rational Action”, *Yale Law School Faculty Scholarship Series*, 1949, disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/jss_papers/2482.

⁷⁵ Charvet, John y Nay, Elisa Kaczynska, *The Liberal Project and Human Rights. The Theory and Practice of a New World Order*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

⁷⁶ Shelton, Dinah, *An Introduction to the History of International Human Rights Law*, Strasbourg, International Institute of Human Rights, 2003.

⁷⁷ Véase al respecto Grosse Ruse-Khan, Henning, *The (Non) Use of Treaty Object and Purpose in Intellectual Property Disputes in the WTO*, Max Planck Institute for Intellectual Property & Competition Law Research Paper núm. 11-15, 2011, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1939859>.

La nueva institución nace, precisamente, para “contribuir al logro de estos objetivos mediante la celebración de acuerdos encaminados a obtener, sobre la base de la reciprocidad y de mutuas ventajas, la reducción sustancial de los aranceles aduaneros y de los demás obstáculos al comercio, así como la eliminación del trato discriminatorio en las relaciones comerciales internacionales”.⁷⁸ Dicho de otro modo, la OMC fue creada para *contribuir* al desarrollo sostenible y el incremento global de los niveles de vida *mediante* una estrategia concreta: el fomento del libre comercio.

Esa génesis instrumental ha sido reconocida por el propio Órgano de Apelación de la organización, para quien “[e]l preámbulo del Acuerdo sobre la OMC —que informa no solo al GATT de 1994 sino también a todos los demás acuerdos que incluye— reconoce explícitamente el objetivo de un desarrollo sostenible”.⁷⁹ Claro está que esos propósitos fijados en el preámbulo son principios informadores del sistema de comercio multilateral y que, en consecuencia, deben guiar sus prácticas institucionales.⁸⁰

A su vez, la meta de los AII es fomentar el flujo mundial de inversiones, también como otra forma de alcanzar el desarrollo sostenible.⁸¹ Por ejemplo, el preámbulo del Convenio CIADI tiene explicitado como primer objetivo la generación de desarrollo económico y —desde la concepción que lo informa— se entiende que las inversiones extranjeras son el instrumento adecuado para el logro de dicho propósito.⁸²

Como vemos, los dos sistemas del DEI tienen el mismo objetivo: promover el desarrollo sostenible a nivel mundial a través de un trato homogéneo que asegure la libre circulación de bienes, servicios e inversiones. En ambos casos se protege a los exportadores de mercancías y capitales contra conductas discriminatorias, pues se entiende que ellos son el motor del desarrollo que permitirá elevar los niveles de vida. Todos esos logros no

⁷⁸ Preámbulo del Acuerdo de Marrakech. Véase también Moon, Gillian, “The WTO-Minus Strategy: Development and Human Rights Under WTO Law”, *Human Rights & International Legal Discourse*, vol. 2, núm. 1, 2008.

⁷⁹ OMC, *Estados Unidos – Camarones*, Órgano de Apelación, DS58/AB/R, 12 de octubre de 1998, párr. 129.

⁸⁰ Oliveira, Barbara, “The Relation between WTO Law and Public International Law: The Applicable Law in Dispute Settlement at the WTO”, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=903052>.

⁸¹ Schill, Stephan y Djanic, Vladislav, *International Investment Law and Community Interests*, Society of International Economic Law (SIEL), Fifth Biennial Global Conference, Working Paper n° 2016/01, 2016; véase asimismo el capítulo de Stephan W. Schill y Vladislav Djanic en este volumen.

⁸² Di Mascio, Nicholas y Pauwelyn, Joost, “Non-Discrimination in Trade...”, *cit.*

son fines en sí mismos, sino medios para alcanzar los propósitos del derecho internacional de posguerra.⁸³

2. *La traducción jurídica del legado humanista en el régimen de Naciones Unidas*

Como podrá notarse, que los derechos humanos sean fines y las instituciones del DEI medios trae aparejada una prioridad de los primeros en términos lógicos. Los medios no pueden prevalecer sobre los fines, sino que deben adecuarse a ellos.⁸⁴ Es por eso que debe chequearse la compatibilidad de los medios con los fines, mediante el control de convencionalidad.

Sin embargo, la primacía propuesta no se limita a esos aspectos. Ella cuenta también con sustento normativo explícito. Los orígenes históricos del DEI y de los derechos humanos, que —como vimos— dan cuenta de una relación instrumental entre esos subsistemas, se ven reflejados jurídicamente en el artículo 103 de la Carta de la ONU. Dicha norma establece la preeminencia de las obligaciones fijadas en ese instrumento fundacional por sobre las provenientes de otros tratados, al prescribir que: “En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”.⁸⁵

Dentro de esas obligaciones preeminentes, los artículos 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas incluyen la adopción de medidas para lograr “el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades”.⁸⁶ Dicho de otro modo, las obligaciones en materia de derechos humanos son de aquellas que, de

⁸³ Denkers, Jeroen y Jägers, Nicola, “The World Trade Organization and Human Rights: The Role of Principles of Good Governance”, 2011, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1844305>.

⁸⁴ El fin imperfecto (medio) se encuentra subordinado al fin que procuramos por sí mismo (fin perfecto); véase Aristóteles, *op. cit.*, p. 48. La misma idea subyace en el principio de proporcionalidad o en la regla interpretativa que veda la “frustración ritual del derecho”. Si el medio prevalece sobre el fin, deja de ser medio.

⁸⁵ Véase al respecto Liivoja, Rain, “The Scope of the Supremacy Clause of the United Nations Charter”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 57, núm. 3, 2008, pp. 583-612.

⁸⁶ Artículo 55 (c) de la Carta de las Naciones Unidas; véase al respecto Henkin, Louis, “The United Nations and Human Rights”, *International Organization*, vol. 19, núm. 3, 1965, pp. 504-517.

acuerdo al artículo 103 de dicha Carta, prevalecen sobre las originadas en otros acuerdos internacionales y ello es así porque —como ha postulado la Corte Internacional de Justicia— “la denegación de derechos humanos fundamentales constituye una violación flagrante de los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas”.⁸⁷

Este abordaje se confirma con el propio preámbulo de la Carta. Allí se enuncian en primer término los propósitos de “preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles”, “reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana” y “promover el progreso social”, para luego establecer los medios para alcanzar “tales finalidades”, que incluyen —entre otros— el empleo de “un mecanismo internacional para promover el progreso económico y social de todos los pueblos”. En este “mecanismo” podrían encuadrarse las herramientas del DEI que, en todo caso, deben ser leídas como parte de aquel “orden social e internacional en el que los derechos y libertades... se hagan plenamente efectivos”, a cuyo establecimiento tiene derecho cada persona según el artículo 28 de la Declaración Universal.⁸⁸

En definitiva, la construcción que vino a materializar jurídicamente el legado humanista es la siguiente: para alcanzar los altos propósitos que enmarcaron su nacimiento, la Carta estableció el respeto a los derechos humanos como obligación preeminente de los Estados y encomendó la definición de sus alcances a la Comisión de Derechos Humanos.⁸⁹ Esa labor reglamentaria dio lugar al nacimiento del *International Bill of Human Rights*, como cuerpo normativo que —conformando un todo inescindible con origen en la Carta—⁹⁰ expresa el conjunto de obligaciones de los miembros en materia de derechos humanos al cual el artículo 103 de dicha Carta confiere rango prioritario.⁹¹

⁸⁷ Corte Internacional de Justicia, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970) (Advisory Opinion)*, I.C.J. Reports 1971, p. 16, párr. 131; véase al respecto Schwelb, Egon, “The International Court of Justice and the Human Rights Clauses of the Charter”, *American Journal of International Law*, vol. 66, núm. 2, 1972, pp. 337-348.

⁸⁸ Véase Nayar, M. G. Kaladharan, “Human Rights and Economic Development: The Legal Foundations”, *Universal Human Rights*, vol. 2, núm. 3, 1980, pp. 55-81.

⁸⁹ Charvet, John y Nay, Elisa Kaczynska, *op. cit.*

⁹⁰ Nayar, M. G. Kaladharan, *op. cit.*

⁹¹ Allmand, Warren, *Trading in Human Rights: The Need for Human Rights Sensitivity at the World Trade Organization. A Brief to the House of Commons Standing Committee on Foreign Affairs & International Trade, Parliament of Canada*, International Centre for Human Rights and Democratic Development (Rights & Democracy), 1999.

Se insiste, la Declaración Universal y sus derivados constituyen la especificación de las obligaciones genéricamente establecidas con rango prevalente por los artículos 55, 56 y 103 de la Carta de ONU.⁹² Lejos de ser casual, esto expresa jurídicamente la primacía que todo el derecho internacional de posguerra asigna a la dignidad de las personas. La pretensión de tratar a los derechos humanos como una norma más en el concierto internacional es claramente artificial. No solo no refleja la historia ni el marco jurídico imperante, sino que pretende invisibilizar esos antecedentes para conferir a la doctrina del libre comercio un carácter constitucional y fundacional que claramente no tiene. Pretender que la ley de ventaja comparativa sea la única base legítima de funcionamiento del orden económico mundial evidencia una negación manifiesta del proceso evolutivo experimentado por el derecho internacional en los últimos setenta años.

Más aún, han sido los propios Estados quienes, en pleno apogeo neoliberal, reconocieron la primacía de sus obligaciones en materia de derechos humanos. Un año antes de la creación de la OMC, la Declaración y el Programa de Acción de Viena de 1993⁹³ —firmado por 171 Estados— ratifica que el efectivo disfrute de los derechos humanos es el fin último del derecho internacional y que ese propósito ha sido plasmado primero genéricamente en la Carta de la ONU —como fórmula constitucional— y luego específicamente en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En esa oportunidad, la comunidad internacional también ratificó “la aspiración de todos los pueblos a un orden internacional basado en los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas, en particular la promoción y el fomento de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos y el respeto del principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, en condiciones de paz, democracia, justicia, igualdad, imperio de la ley, pluralismo, desarrollo, niveles de vida más elevados y solidaridad”.⁹⁴ Esos son los fines y valores que deben alcanzar por diferentes vías, entre las que cabe computar a las del DEI.⁹⁵

⁹² Sohn, Louis, “A Short History of United Nations Documents on Human Rights”, *18th Report of the Commission, Commission to Study the Organization of Peace*, 1968, pp. 71 y 72.

⁹³ Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, punto 4o.

⁹⁴ Declaración y Programa de Acción de Viena, preámbulo.

⁹⁵ A lo largo de la historia, los avances en materia de derechos humanos han condicionado al comercio internacional. La prohibición del comercio de esclavos es un ejemplo de ello; véase Aaronson, Susan, “Seeping in Slowly: How Human Rights Concerns are Penetrating the WTO”, *World Trade Review*, vol. 6, núm. 3, 2007, pp. 413-449. Los instrumentos comerciales terminan reflejando estándares de derechos humanos, porque los medios se van adaptando a las finalidades.

Como vemos, la primacía de los derechos humanos sigue siendo un pilar del derecho internacional contemporáneo. El control de convencionalidad es una de las vías para asegurarla.

VI. OPERATIVIDAD DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LAS DECISIONES DEL DEI

En caso que el órgano de aplicación del DEI omita recurrir a los mecanismos de armonización de los compromisos en juego, y ello derive en una decisión incompatible con los mandatos vigentes en materia de derechos humanos, la forma de remediar la situación es el ejercicio del control de convencionalidad. Ello se logra de dos maneras, según el tipo de medida.

1. *AII: Inaplicación de los laudos arbitrales*

En el caso de arbitrajes de inversiones, la adecuación de la actuación legislativa, administrativa y judicial a los requerimientos convencionales incluye la inhibición jurídica de los laudos que violen los pactos. Si se intenta ejecutar un laudo que se constata inconvencional, el juez doméstico, como órgano convencional interno, debe denegar su reconocimiento y ejecución, bajo pena de dar lugar a responsabilidad internacional del Estado. Final y subsidiariamente, el control lo podrán ejercer los órganos supranacionales correspondientes.⁹⁶

En efecto, la primera secuela fundamental de la conjugación entre la responsabilidad primaria de los Estados de garantizar el goce efectivo de los derechos convencionales y el consecuente rol suplementario que en pos de ella cumplen los órganos internacionales consiste en esa constatación de compatibilidad que cada estamento estatal debe efectuar entre las prácticas a su cargo y las reglas de los tratados. Solo frente a un Estado que practica a diario un cotejo entre las medidas locales y las disposiciones de los pactos se mantiene el papel de complementación asignado a la jurisdicción internacional.

Si los órganos nacionales omiten ese *test* y/o convalidan una medida lesiva de una garantía convencional, nos encontraremos ante un caso de responsabilidad que demandará la intervención de la autoridad supranacional y que se concretará en una condena a cesar en la violación, por medio de la remoción de cualquier obstáculo al goce del derecho afectado.

⁹⁶ Corte IDH, *Las Palmeras v. Colombia*, Fondo, Sentencia de 6 de diciembre de 2001, Serie C Núm. 90, párr. 33; TEDH, *Shamayev y otros v. Georgia y Rusia*, 12 de abril de 2005, párr. 500.

2. OMC: Inaplicación doméstica en sede del vencedor o denuncia interestatal ante medidas de retorsión

De acuerdo al Entendimiento sobre Solución de Diferencias, si el país objeto de la reclamación pierde la disputa, debe seguir las recomendaciones formuladas en el informe del Grupo Especial o del Órgano de Apelación. Si no cumple con ellas dentro del plazo que se le otorga, le queda la opción de entablar negociaciones con el país reclamante para acordar una compensación.

En caso de incumplimiento a las recomendaciones o de falta de acuerdo sobre la compensación debida al vencedor, el Entendimiento sobre Solución de Diferencias habilita la posibilidad de recurrir —previa autorización del OSD— a la suspensión temporal de concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados, hasta que se haya suprimido la medida declarada incompatible con el derecho de la organización.

En ese contexto procedimental, en caso que el país ganador recurra a la retorsión y ello derive en un escenario de incompatibilidad con las obligaciones consagradas en un tratado de derechos humanos, el control de convencionalidad se concretará en dos momentos sucesivos.

Como se mencionó anteriormente, las propias autoridades del Estado que gane la disputa —en particular los tribunales, ya sea de oficio o a petición de parte— son los que deberán exigir en primer lugar que su Estado no aplique la resolución de la OMC, si dicha aplicación conlleva una vulneración de los derechos humanos. En caso de que esto no ocurra, será cualquier Estado parte del tratado de derechos humanos cuya eficacia se vea afectada el que deberá poner en marcha los instrumentos internacionales de los que disponga, para de esta manera requerir que cesen los efectos perjudiciales de la decisión de la OMC. Para ello, podrá hacer uso de las denuncias interestatales que se encuentran previstas tanto en el sistema universal como en los sistemas regionales de derechos humanos.

El mecanismo de denuncias entre Estados se encuentra reconocido en prácticamente todos los tratados de derechos humanos.⁹⁷ Su existencia se explica por el carácter *erga omnes* de las obligaciones en materia de derechos

⁹⁷ Así ocurre con los artículos 41 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 10.1 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 11 y 22 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; 45 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 33 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; 12 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un Procedimiento de Comunicaciones y 29 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

humanos y el consiguiente compromiso de su *garantía colectiva*, en virtud de la cual todo Estado parte tiene un interés jurídico en que esos deberes sean respetados por los demás.⁹⁸ El procedimiento de denuncia interestatal permite que los órganos de aplicación —Comités o tribunales— investiguen la comunicación efectuada por un Estado parte contra otro por presuntas violaciones a los derechos consagrados en los pactos. Tanto el denunciante como el denunciado deben haber aceptado la competencia del órgano respectivo para el uso de esta vía.

En caso de resultar aplicable este procedimiento, cuando un Estado considere que la ejecución de una medida de la OMC constituye un incumplimiento a las disposiciones del pacto respectivo, deberá efectuar la comunicación correspondiente. En caso de falta de acuerdo entre los Estados, la cuestión podrá ser sometida al respectivo órgano de aplicación del tratado, quién procurará arribar a una solución amistosa o bien elaborar un informe sobre la cuestión.

VII. ALTERNATIVAS PARA EVITAR EL CONFLICTO ENTRE DERECHOS HUMANOS Y DEI

Reseñadas las diferentes hipótesis de conflicto y los fundamentos y modalidades del control de convencionalidad, cabe pensar en el modo de evitar que el cumplimiento de los mandatos emanados de los órganos del DEI conduzca a la frustración del objeto y propósito del tratado de derechos humanos. De acuerdo al principio de presunción de compatibilidad,⁹⁹ las reglas del DEI y de derechos humanos deben ser leídas de un modo armónico entre sí. Proponemos aquí dos vías para lograrlo.

1. *Las normas de derechos humanos ante la OMC. Interpretación armónica y excepciones generales*

Si bien el alcance de la operatividad de las normas de derechos humanos en el marco de los procesos de resolución de diferencias de la OMC es motivo de

⁹⁸ Comité de Derechos Humanos, *Observación General Núm. 31, La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004, párr. 4.

⁹⁹ Wisenius, Karin, *Conflicts of Norms and Jurisdictions between the WTO and MEAS including Case-Studies of CITES and the Kyoto Protocol*, Gothenburg, University of Gothenburg, 2009.

una larga controversia,¹⁰⁰ en general se acepta su valor al menos interpretativo al aplicar el derecho de la organización. Teniendo en miras el artículo 3.2 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias, el Órgano de Apelación ha sostenido que para clarificar la naturaleza de las obligaciones de los miembros debe recurrirse a las normas de la CVDT, pues el derecho de la OMC no debe ser leído “aislándolo clínicamente del derecho internacional público”.¹⁰¹

Esta relativa apertura debe ser, no obstante, acompañada con la otra disposición del artículo 3.2 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias, conforme la cual “[l]as recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados”. De ese modo, si la interpretación conforme a las normas de derechos humanos (muchas de ellas incluso previas a los acuerdos comerciales) condujera a ese aumento o reducción, la misma debería ser dejada de lado.

Entre otras pautas, la CVDT obliga a interpretar los tratados teniendo en cuenta “toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”.¹⁰² Por lo tanto, las principales normas de derechos humanos deberían ser incluidas como una forma relevante de derecho internacional aplicable a los Estados miembros de la OMC. Si bien los alcances de esa alternativa son motivo de controversia, podría decirse que tenemos aquí una herramienta relevante de armonización. Aun cuando no se admita que los tratados de derechos humanos son derecho aplicable en las controversias de la OMC, su contenido sí podría formar interpretaciones de los compromisos comerciales que no sean contrarios a sus objetivos.

Ahora bien, cuando la armonización no es factible y se concluye que ha existido una violación a los compromisos bajo el derecho de la OMC, las cláusulas de excepción general pueden ser el último recurso¹⁰³ para evitar

¹⁰⁰ Elliott, Richard, *Access to Medicines for All: WTO Rules, the Human Right to Health and the Hierarchy of International Law*, 2006, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2693384>.

¹⁰¹ OMC, *Estados Unidos – Gasolina*, Órgano de Apelación, WT/DS2/AB/R, 22 de abril de 1996, p. 17. Este estándar ha sido reiterado en OMC, *Japón – Bebidas alcohólicas II*, Órgano de Apelación, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4 de octubre de 1996, p. 13; OMC, *India – Patentes (Estados Unidos)*, WT/DS50/AB/R, 19 de diciembre de 1997, párr. 46; OMC, *Comunidad Europea – Equipo informático*, Órgano de Apelación, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, 5 de junio de 1998, párr. 85, entre otros.

¹⁰² Artículo 31.3.c. de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

¹⁰³ Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Las Cláusulas de Excepción General como medio para proteger los derechos humanos*, HR/PUB/05/5, 2005, disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/WorldTrade_sp.pdf.

que el conflicto acabe por consumarse.¹⁰⁴ Entre otros fines, estas disposiciones eximen a los miembros de sus obligaciones cuando la medida en cuestión resulte necesaria para proteger la moral y orden públicos, “la salud y la vida de las personas” o “para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos que no sean incompatibles con” los compromisos de la OMC, o bien aquellas “esenciales para la adquisición o reparto de productos de los que haya una [escasez] general o local”.¹⁰⁵

En general, existe consenso en que los planteamientos relativos a derechos humanos son encuadrables en al menos tres de las excepciones: moral pública,¹⁰⁶ orden público¹⁰⁷ y vida o salud humana.¹⁰⁸ No obstante, para que ello sea posible tres precisiones son importantes.

En primer lugar, existe cierto grado de deferencia¹⁰⁹ —o flexibilidad— de parte del OSD al momento de evaluar la decisión de un país de encuadrar sus medidas bajo esta categoría.¹¹⁰ Ello se advierte en la aceptación de tres criterios interpretativos para su ponderación: primero, el hecho de que las cláusulas tengan la naturaleza jurídica de excepciones a las normas generales de los acuerdos de la OMC no significa que ellas deban ser interpretadas de manera más restringida o estricta.¹¹¹ Segundo, si el significado del tratado es ambiguo, debe preferirse el sentido que “sea menos oneroso para la parte que contraiga la obligación” o que “entrañe menos restricciones generales para las partes”.¹¹² Tercero, los conceptos incluidos en las diferentes causales de excepción deben ser leídos desde un enfoque evolutivo.¹¹³

¹⁰⁴ Tres de los acuerdos de la OMC contienen estas cláusulas: artículo XX del GATT, artículo XIC del GATS y artículo XXIII del Acuerdo sobre Contratación Pública. El ADPIC también contiene una cláusula de excepción general relacionada con la concesión de patentes.

¹⁰⁵ Artículo XX del GATT.

¹⁰⁶ Howse, Robert *et al.*, “Pluralism in Practice: Moral Legislation and the Law of the WTO After Seal Products”, *George Washington International Law Review*, vol. 48, 2015, pp. 81-150.

¹⁰⁷ OMC, *Estados Unidos – Juegos de azar*, Órgano de Apelación, WT/DS285/AB/R, 7 de abril de 2005, párrs. 296 y 298.

¹⁰⁸ Powell, Stephen, “Small Steps: Ending Trade’s Splendid Isolation from Human Rights”, 2007, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1115837>.

¹⁰⁹ OMC, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, Órgano de Apelación, WT/DS332/AB/R, 3 de diciembre de 2007, párr. 210.

¹¹⁰ OMC, *Comunidades Europeas – Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas*, Órgano de Apelación, WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R, 22 de mayo de 2014, párr. 5.215.

¹¹¹ OMC, *Comunidades Europeas – Hormonas*, Órgano de Apelación, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, 16 de enero de 1998, párr. 104.

¹¹² *Ibidem*, párr. 165.

¹¹³ OMC, *Estados Unidos – Camarones...*, *cit.*, párr. 130.

Ahora bien, aun cuando exista esa flexibilidad, la habilitación de las medidas de excepción es “a reserva de que no se apliquen en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional”.¹¹⁴ Se busca, así, que el derecho de los miembros a valerse de las excepciones se ejerza de buena fe para proteger intereses considerados legítimos y no como medio para eludir sus obligaciones para con sus pares.¹¹⁵ Es fundamental, por lo tanto, verificar que exista un vínculo suficiente entre la medida y el interés que procura tutelar, para lo cual hay que determinar si la medida es “necesaria” para protegerlo.

Inicialmente, bajo el GATT se adoptó un umbral alto para evaluar la necesidad de la medida, postulándose que debía ser la única alternativa a disposición del Estado para el logro del fin propuesto.¹¹⁶ Este abordaje ha sido flexibilizado bajo la OMC, precisándose que el alcance de lo “necesario”, no se limita a lo que es “indispensable” o “inevitable”. De acuerdo al enfoque actual, una medida que no es “indispensable” puede, no obstante, ser “necesaria” y por lo tanto justificada. Para determinarlo debe ponderarse cómo ella contribuye a lograr el fin perseguido por la regulación de que se trate, la importancia de los intereses o valores comunes que ella procura proteger y su repercusión en las importaciones o exportaciones.¹¹⁷

2. *Acuerdos Internacionales sobre Inversión y deber de protección de los derechos humanos*

En el marco de los AII, la primera vía para evitar conflictos es interpretativa. Cuando se analiza una medida estatal que afecta a un inversor corresponde que el panel arbitral verifique si ella se encuentra encaminada a cumplir con el deber de protección de los derechos humanos que pesa sobre las autoridades públicas.¹¹⁸ De acuerdo a él, el Estado no solo debe observar por sí mismo

¹¹⁴ Artículo XX del GATT; véase al respecto Roos, Oscar, “Exploring the Linkage between WTO Dispute Resolution and International Human Rights Law”, *Currents: International Trade Law Journal*, vol. 19, núm. 2, 2011, pp. 11-23.

¹¹⁵ OMC, *Brasil – Neumáticos recauchutados...*, cit., párr. 215; *Estados Unidos – Juegos de azar...*, cit., párr. 339.

¹¹⁶ GATT, *Tailandia – Cigarrillos*, DS10/R - 37S/200, Reporte del Panel, 7 de noviembre de 1990, párr. 75.

¹¹⁷ OMC, *Corea – Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, Órgano de Apelación, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, 11 de diciembre de 2000, párrs. 161-164; OMC, *Comunidad Europea – Amianto*, Órgano de Apelación, WT/DS135/AB/R, 12 de marzo de 2001, párr. 174.

¹¹⁸ Dos muestras del enfoque propuesto se observan en los recientes laudos recaídos en los casos *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos v. República Oriental*

las reglas de los pactos respecto de sus habitantes, sino que también tiene a cargo asegurar que los particulares hagan lo mismo en sus relaciones privadas.¹¹⁹

El abordaje de las medidas regulatorias desde la perspectiva del deber de protección permite lograr el objetivo de armonización. Ello es así debido a que ese deber sirve tanto de *justificación* como de *límite* de la medida regulatoria. Si se verifica que esta no perseguía ese objetivo de un modo necesario, adecuado y proporcional, el inversor podrá dar cuenta de un incumplimiento a los parámetros del AII. Por el contrario, cuando esos extremos se encuentren presentes, la consistencia del sistema de tutela de la inversión con el pacto de derechos humanos demandará el respaldo de la actuación estatal. El análisis desde el deber de protección tutela tanto al Estado —para defender sus decisiones al amparo del cumplimiento de una obligación internacional— como al inversor —para desarticular supuestos de desviación de poder, persecución o discriminación.

En definitiva, las diferentes variables del deber estatal de protección de intereses fundamentales de naturaleza no comercial tienen recepción en las normas de comercio e inversiones, por lo que constituyen herramientas sumamente útiles, operativas y vinculantes para que los órganos que resuelven controversias en esos campos logren el objetivo de la armonización.

VIII. CONCLUSIONES

Los tratados de derechos humanos encarnan los fines del derecho internacional alumbrado en la segunda mitad del siglo XX. Las instituciones del DEI son una de las vías para alcanzar esos cometidos. Siendo ello así, existe una relación instrumental entre ambos regímenes.

Sin embargo, la fragmentación normativa e interpretativa del derecho internacional posibilita que ocurran situaciones de conflicto entre los diferentes subsistemas. Para evitar ese punto de conflicto, los órganos de aplicación de los diferentes tratados (sea en el ámbito de comercio, inversiones extranjeras o derechos humanos) deben recurrir a las diferentes vías de armonización que cada régimen ofrece.

del Uruguay, Caso CIADI n° ARB/10/7, laudo de 6 julio 2016, párrs. 306, 307, 391, 418, 420 y 432 y *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentina*, Caso CIADI n° ARB/07/26, laudo de 8 diciembre de 2016, párr. 1193 y ss.

¹¹⁹ Véase Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations «Protect, Respect and Remedy» Framework*, A/HRC/17/31, 2011.

De manera subsidiaria, si dicha armonización no se concreta, debe ponerse en marcha el mecanismo de control de convencionalidad a cargo de los órganos internos y, si es necesario, supranacionales, a fin de asegurar que los derechos humanos no sean marginalizados en las decisiones que juzgan la legalidad de las regulaciones en materia de comercio e inversiones extranjeras directas.¹²⁰ En el caso de los arbitrajes de inversiones, ese control de convencionalidad se materializa en la negativa de los órganos domésticos a cumplir el laudo. En el campo de la OMC, ello se hace efectivo primero en la orden interna de abstención de ejecución de la medida en el propio dominio interno del ganador. En caso de fallar esta vía inicial, resta la posibilidad de formulación de denuncias contra el Estado que pretenda poner en práctica decisiones incompatibles con los tratados de derechos humanos.

La discusión planteada en este capítulo no se agota en aquellas dos áreas del DEI, sino que podría ser relevante también en otros ámbitos de disputas entre intereses económicos y derechos humanos. Uno de ellos es el de las obligaciones financieras de los Estados. ¿Cuál es, por ejemplo, la extensión del principio de *pacta sunt servanda* cuando un fondo buitre demanda a un Estado deudor el pago de la deuda a valor nominal?¹²¹ Este es un interrogante legítimo en el contexto argentino.¹²² Sin dudas, el abordaje instrumental del DEI frente a los derechos humanos debería contribuir a la superación de éste y otros focos de controversia.

¹²⁰ Por último, dado lo controvertido del tema y sus profundas proyecciones para todos los países sometidos a la CADH, sería interesante explorar la posibilidad de requerir —por conducto de los sujetos legitimados— una opinión consultiva a la Corte Interamericana (artículo 64, CADH) tendiente a dilucidar las reglas aplicables a la interacción de los sistemas internacionales de derechos humanos y de DEI. Los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los órganos mencionados en el capítulo X de la Carta de la OEA son quienes podrían formular la consulta. En el proceso de consulta los organismos especializados en DEI podrían ser especialmente invitados o presentarse como *amicus curiae* a fin de contribuir en el proceso y crear así un diálogo fructífero. La misma estrategia podría explorarse con la Corte Internacional de Justicia en relación a los tratados universales.

¹²¹ Experto independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales, *Informe del experto independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales*, A/72/153, 17 de julio de 2017.

¹²² Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *El acuerdo con los holds out en Argentina hace más difícil la solución de las crisis de deuda, señalan expertos en derechos de la ONU*, comunicado de prensa de 8 de marzo de 2016, disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IEDebt/IEArgentina8Mar2016_sp.pdf.

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 Koskeniemi, 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 Zárte, 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, Kiepenheuer & 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.*

EL ELEMENTO INDÍGENA EN LA RELACIÓN ENTRE *EL IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* EN AMÉRICA LATINA Y EL DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL

Paulina BARRERA ROSALES*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La relación entre el ICCAL y el DEI*.
III. *Diferencias epistemológicas*. IV. *Distancia epistemológica*. V. *Ante
la distancia epistemológica: pluralismo y diálogo*. VI. *Conclusión*

I. INTRODUCCIÓN

La fragmentación del derecho internacional ha sido objeto de diversas reflexiones y preocupaciones. Se ha denominado de esta forma al fenómeno mediante el cual existe un grado de especialización y de regionalización en el derecho internacional que trae como consecuencia una cierta autonomía entre las distintas ramas de esta disciplina. En 2006, la Comisión de Derecho Internacional de la ONU (CDI) señaló que la fragmentación es provocada porque el derecho internacional ha tenido una expansión no coordinada y “[s]e ha centrado la atención en la solución de problemas concretos en vez de en el establecimiento de una regulación normativa general similar a la legislación”.¹

Esta situación ha llevado a que cada esfera del derecho internacional se especialice hasta el punto en que es sencillo imaginar la dificultad en la relación entre las diferentes áreas. De hecho, existe una gran preocupación por la posible desarticulación del derecho internacional general. Ante ello, surgen posturas un poco menos recelosas de la especialización y regionalización, como la de Guillermo Estrada, quien sostiene que en algunos casos —como sucede con los sistemas de derechos humanos—

* Doctoranda en Teoría Política por la Universidad de Turín y la Universidad de Florencia y licenciada en Derecho por la UNAM.

¹ Comisión de Derecho Internacional, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II (segunda parte), A/CN.4/SER.A/2006/Add.1 (Part 2), 2006, p. 193, párr. 242.

“[e]l regionalismo puede ser útil en el momento de la creación particular de normas o de su aplicación, pues se presume una mejor comprensión de la coherencia de la región”.² Frente a este contexto, surge la inquietud y los deseos de generar puentes entre las distintas esferas del derecho internacional que le permitan mantener la coherencia interna. No obstante, es complicado establecer algunas de estas relaciones debido a que cada rama se ha especializado al punto que parece hablar un lenguaje y utilizar una lógica diferente de las otras.

En este artículo pretendo analizar el potencial que tienen las cosmovisiones indígenas para reforzar y complementar la prospectiva relación entre el *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL) y el derecho económico internacional (DEI).³ En primer lugar comenzaré por resaltar algunos rasgos fundamentales de cada una de estas dos esferas. En segundo lugar, intentaré evidenciar una falta de concordancia epistemológica entre las ideas de “desarrollo” y “propiedad” convencionales —incluida la del “desarrollo sostenible”— y aquellas que pertenecen a los pueblos indígenas. Por último, me propongo reflexionar sobre la importancia que tiene el elemento indígena en el diálogo entre estas dos ramas del derecho internacional.

II. LA RELACIÓN ENTRE EL ICCAL Y EL DEI

Una de las grandes dificultades para pensar la relación entre el ICCAL y el DEI consiste en la diferencia respecto de la forma en que se crea cada una de estas esferas del derecho internacional. Mientras que el ICCAL (y como mencionaba, en general el derecho internacional de los derechos humanos) busca unificar y dar coherencia y cohesión normativa, el DEI, de acuerdo con Petersmann, está compuesto por distintos órdenes legales sobrepuestos

² Estrada, Adán Guillermo, *Interpretación judicial internacional*, México, Fontamara, 2016, p. 32.

³ Para un desarrollo de los objetivos, conceptos clave y rasgos esenciales, *cf.* von Bogdandy, Armin *et al.* en este libro así como von Bogdandy, Armin “*Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una Aclaración Conceptual*”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (eds.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pp. 8-21. Sobre el desafío de la inclusión e igualdad en el contexto del *ius commune* latinoamericano, véase Clerico, Laura y Aldao, Martín, “De la inclusión como igualdad en clave de redistribución y reconocimiento. Rasgos, potencialidades y desafíos para el derecho constitucional interamericano”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (eds.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pp. 219-262.

tanto a nivel nacional como internacional,⁴ pero que para él son sistemas distintos.⁵ Hasta ahora, no existe una intención generalizada de sistematizar el DEI, sino que se desarrolla en la medida en que atiende las problemáticas y contextos que se le presentan, lo cual se ajusta al dictamen elaborado por la CDI sobre el derecho internacional en general.⁶

Otra dificultad, que considero aún más problemática, es la diferencia entre la finalidad que tiene cada una de estas esferas. Sus respectivos objetivos, aquello que persiguen y da sentido a su existencia, es distinto y tendencialmente opuesto. El DEI —y en particular el derecho de las inversiones— funciona bajo lógicas de desarrollo que no en todos los casos se armonizan con postulados importantes del derecho internacional de los derechos humanos. En este punto, la discordancia puede observarse en que los derechos humanos —en materia ambiental por ejemplo— muchas veces se oponen abiertamente a ciertas visiones de “desarrollo” que implican múltiples violaciones a derechos humanos, como el derecho al agua y al territorio; visiones que —desde el DEI— podrían defenderse. Ante ello, una tentadora alternativa consistiría en la reinterpretación y casi reestructuración de la finalidad que orienta cada una de estas áreas.

Se puede adoptar una postura en la que se argumente que, dado que los derechos humanos son una herramienta que ha sido creada para la protección de las personas en lo mínimo e innegociable, lo que debe existir es una reestructuración del DEI a fin de ajustarse a los criterios del derecho internacional de los derechos humanos, así como, en el caso de nuestra región, del ICCAL.⁷ Sin embargo, esto supondría una relación de jerarquía en la que los derechos humanos se encuentren por encima del DEI. En este supuesto, el DEI y en particular el derecho de las inversiones, tendría que ajustarse y limitarse⁸ a lo que le permiten los límites del ICCAL cuando busque ponerse en práctica en América Latina.

Por otra parte, si se eligiera adoptar la hipótesis contraria y en la relación DEI-ICCAL se coloca al primero por encima del otro, el riesgo de la neutralización de los derechos y su instrumentalización para el comercio es muy grande. En un tono de reserva respecto del predominio de la lógica

⁴ Petersmann, Ernst-Ulrich, *International Economic Law in the 21st Century. Constitutional Pluralism and Multilevel Governance of Interdependent Public Goods*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2012, p. 12.

⁵ *Ibidem*, p. 14.

⁶ Cfr. Comisión de Derecho Internacional, *op. cit.*, párrs. 8 y 9.

⁷ Véase al respecto los capítulos de Manuel Eduardo Góngora Mera y de Juan Bautista Justo y Juan Pablo Bohoslavsky en este volumen.

⁸ Esta parece ser la postura de Petersmann. Véase Petersmann, Ernst-Ulrich, *op. cit.*

comercial sobre la agenda de los derechos, Guillermo Estrada señala que existe un gran riesgo —en particular en el área de comercio internacional— de que los derechos se

conviertan en mercancías susceptibles de ser acordadas como si se tratase de objetos comerciales, o de imponerse como si fueran objetos de uso corriente. Así, los derechos humanos, en tanto manufactura puramente occidental, pueden ser analizados como auténticos productos de intercambio en el comercio internacional pensado primeramente en los países europeos y americanos.⁹

Sin embargo, si se adopta cualquiera de estas posturas respecto de la relación ICCAL-DEI, una consecuencia de esa relación jerárquica es que no habría posibilidad de diálogo y no sería permitida la retroalimentación ni la construcción mutua.

Una tercera postura sobre las condiciones de diálogo parte del supuesto de considerar ambos interlocutores como iguales, como proyectos que contribuyen a generar algo conjunto, y eso dejaría fuera las dos interpretaciones anteriores. En otras palabras, para que existan las condiciones de diálogo entre el DEI y el ICCAL, se debe considerar ambas ramas del derecho sin presuponer ninguna jerarquía en la construcción de lazos. Esta postura, aunque en apariencia conciliadora, es también la más complicada de realizar. En primer lugar, porque en el diálogo no se podría sacrificar la naturaleza de ninguna de las dos esferas (que, como se mencionaba, pueden llegar a ser tendencialmente opuestas); y, en segundo lugar, porque ya sea de una rama o de otra, quienes nos hemos especializado en alguna tendemos a pensar en los términos y lógicas de la esfera correspondiente.

Para superar las barreras que suponen estos distintos *lenguajes*, un primer paso útil consistiría en un ejercicio de reflexión al interior tanto del DEI como del ICCAL sobre los puntos que habría que reforzar para poder entablar un diálogo inter-esferas. Este análisis interno permitiría conocer tanto las fortalezas como las debilidades de cada uno de estos universos del derecho internacional y en consecuencia la verdadera potencialidad de tener una relación de diálogo y construcción conjunta en condiciones de igualdad. En este capítulo propondré algunas reflexiones que buscan aportar claridad a este diagnóstico desde la perspectiva del ICCAL.¹⁰ En particular, me referiré a una diferencia epistemológica que existe en la región debido

⁹ Estrada Adán, Guillermo, *op. cit.*, p. 33.

¹⁰ Para una reflexión enfocada desde el DEI, véase Kube, Vivian y Petersmann, Ernst-Ulrich, “Human Rights Law in International Investment Arbitration”, *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy*, vol. 11, núm. 1, 2016, pp. 65-114.

a la presencia de los pueblos indígenas y que aún no ha sido resuelta por el ICCAL. Intentaré argumentar que esta ausencia no solo es necesario abordarla (para evitar violaciones a derechos humanos), sino que también resultaría beneficioso reconocer estas distintas cosmovisiones y formas de entender los derechos desde la perspectiva de los pueblos indígenas para complementar y robustecer la relación con el DEI.

III. DIFERENCIAS EPISTEMOLÓGICAS

Una de las grandes particularidades que tiene el ICCAL es que coexisten en la región una pluralidad de concepciones del mundo. América Latina, quizá más que otras regiones, tiene formas distintas de conocer y de entender la existencia humana, que son —a veces— opuestas. Entre dichas concepciones se encuentran aquellas de los pueblos indígenas. Particularmente relevantes para la potencial relación entre DEI e ICCAL son los conceptos de desarrollo y de propiedad.

En esta sección intentaré resaltar las diferencias que se advierten respecto de estos dos conceptos al contrastar una interpretación desde posturas convencionales y la que se advierte desde las posturas de algunos pueblos indígenas. Si bien algunas de estas explicaciones pueden parecer obviedades o lugares comunes desde una perspectiva convencional, lo mismo sucede de manera inversa con quien parte de las concepciones indígenas. La intención de esta sección del artículo es reproducir ambas concepciones para evidenciar sus puntos de encuentro y de divergencia, lo cual resulta útil para comparar los distintos tipos de sentido común y de entendimiento.

1. *El concepto de desarrollo*

A. *Concepto de desarrollo convencional*

El primer desafío epistemológico que he encontrado en relación con el acercamiento entre ICCAL y DEI es el concepto de “desarrollo”. En aproximadamente los últimos 30 años,¹¹ se han llevado a cabo diversos esfuerzos

¹¹ Sobre todo a partir de 1987, con la publicación del informe titulado “Nuestro futuro común” por parte de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, el cual sirvió como base para la Conferencia de Río en 1992; véase World Commission on Environment and Development, *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future*, 1987, disponible en: <http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>.

para matizar la idea de desarrollo y para concientizar, tanto a los Estados como a las personas, del gran impacto ambiental que tiene el ser humano sobre la naturaleza. Para ello se ha tomado como propuesta el concepto de “desarrollo sostenible”,¹² el cual supone la elaboración de las políticas de desarrollo a partir de los pilares del crecimiento económico, la equidad social y la protección del medio ambiente.¹³ Este concepto se ha tenido presente desde su creación en la mayor parte de los proyectos que tienen que ver con la economía nacional e internacional y los proyectos financieros. Un gran ejemplo se encuentra en la primera conferencia donde fue discutido el financiamiento para el desarrollo, el llamado “Consenso de Monterrey”, en cuyo proyecto final se señala que

[e]n nuestra búsqueda común del crecimiento, la eliminación de la pobreza y el desarrollo sostenible, nos enfrentamos con la imperiosa necesidad de crear las condiciones internas necesarias para movilizar el ahorro interno, público y privado, mantener un nivel adecuado de inversiones productivas y mejorar el capital humano. Una tarea esencial es aumentar la eficacia, coherencia y compatibilidad de las políticas macroeconómicas. Un entorno nacional propicio es fundamental para movilizar los recursos internos, aumentar la productividad, reducir la fuga de capitales, estimular al sector privado y atraer y utilizar productivamente las inversiones y la asistencia internacionales. La comunidad internacional debe apoyar los esfuerzos por crear ese entorno.¹⁴

Diez años después, en 2012, se publicaron los 17 objetivos del desarrollo sostenible. De ellos, los tres más relevantes para este trabajo son el objetivo 8, el 9 y el 12; que se proponen respectivamente: promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos; construir infraestructuras resilientes, promover la industrialización inclusiva y sostenible y fomentar la innovación; y garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles. Entre las aspiraciones concretas de los objetivos anteriormente mencionados se encuentran, por

¹² Como se señala al inicio, en este texto el desarrollo sostenible se considera parte de la perspectiva convencional de desarrollo que contrasta con las distintas perspectivas dentro de las comunidades indígenas.

¹³ Drexhage, John y Murphy, Deborah, *Desarrollo sostenible: desde Brundtland a Río 2012*, Documento preparado para el Grupo de Alto Nivel sobre la Sostenibilidad Global, Sede de las Naciones Unidas, Nueva York, septiembre de 2010, disponible en: <https://www.scribd.com/document/149351285/Sustainable-Development-From-Brundtland-to-Rio-2012>.

¹⁴ ONU, *Proyecto de documento final de la Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo*, A/CONF.198/3, 1 de marzo de 2002, párr. 10.

ejemplo, incrementar las ganancias netas de bienestar de las actividades económicas mediante la reducción de la utilización de los recursos y asegurar un crecimiento del producto interno bruto de al menos un 7% anual en los países menos desarrollados.¹⁵

Para la realización de estos objetivos específicos, la inversión en obras de infraestructura obtuvo especial atención. Las actividades de este tipo son consideradas “fundamentales para lograr el desarrollo sostenible y empoderar a las comunidades en numerosos países. Desde hace tiempo se reconoce que, para conseguir un incremento de la productividad y de los ingresos y mejoras en los resultados sanitarios y educativos, se necesitan inversiones en infraestructura”.¹⁶ Otra de las causas por las cuales se considera como fundamental la inversión es “[e]l ritmo de crecimiento y urbanización”.¹⁷ En este contexto, se utiliza no solo la financiación por parte de los Estados, sino también del sector privado.¹⁸

El paso del desarrollo como crecimiento al desarrollo sostenible es una encomiable respuesta. Como puede extraerse de los objetivos de desarrollo sostenible mencionados, la idea convencional de desarrollo actualmente busca dirigir el crecimiento hacia un uso más consciente de los recursos y hacia la distribución de las ganancias que la producción genera, a fin de que todas las personas tengan los medios básicos para la subsistencia y para que, de esta forma, se elimine la pobreza a nivel mundial.

B. *Concepto de desarrollo desde la perspectiva indígena*

A diferencia de la forma convencional de entender el desarrollo, las concepciones indígenas no tienen como punto central el crecimiento (aunque este sea de forma racionada). De acuerdo con el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, que pertenece al Consejo Económico y Social de la ONU (ECOSOC),

¹⁵ ONU, *Objetivos de desarrollo sostenible. 17 objetivos para transformar nuestro mundo*. Primer punto de las metas del objetivo 8: Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos. Disponible en: <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/economic-growth/>.

¹⁶ CEPAL, *Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Una oportunidad para América Latina y el Caribe*, 2018, p. 31, disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40155/10/S1700334_es.pdf.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ *Idem*.

[e]l concepto de desarrollo de los pueblos indígenas se basa en una filosofía holística, fundamentada a su vez en los valores de reciprocidad, solidaridad, equilibrio y colectividad, entendiendo que los seres humanos deben vivir dentro de los límites del mundo natural. [S]e caracteriza por un enfoque holístico que trata de basarse en los derechos colectivos, la seguridad y un mayor control y autogobierno de las tierras, los territorios y los recursos. También se basa en la tradición, con respeto por los antepasados, pero asimismo es progresivo. Incluye sistemas sociales, culturales, políticos y espirituales.¹⁹

Una de las características que este Foro señala como comunes a la idea de desarrollo de diversas comunidades indígenas es que la producción no debe ser estructurada solo a partir de las ganancias sino de una forma en la que la mejora de la calidad de la vida sea el centro, y se mantenga la armonía con la naturaleza o Madre Tierra; además de contemplar una constante interacción entre la población, los recursos, la vida, y el conocimiento indígena.

Evaristo Nugkuag Ikanán, coordinador de Economía y Desarrollo Autónomo de COICA (Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica), ha expresado que

en las selvas están unidas entre sí las cuestiones de desarrollo sustentable, los derechos ambientales, los derechos humanos y colectivos y nuestra auto-determinación como pueblos indígenas. [N]uestro punto de vista de lo que debe entenderse por desarrollo es diferente. No es el de mayor rentabilidad a costa de nuestros territorios y en perjuicio de las futuras generaciones. No es el desarrollo de pequeños propietarios individuales temerosos por las subidas y bajadas del precio del mercado.²⁰

Para la comunidad Huilliche, en Chile, no existe la noción de desarrollo sino de calidad de vida. La concepción para este pueblo indígena de calidad de vida “tiene que ver con mejorar la armonía de nuestro pueblo en el presente y en el futuro, guardando vida para las generaciones venideras; esa vida que está en la presencia de los bosques, del aire limpio, de los mares, de las aguas, de la tierra fértil, del amor y del respeto a la sabiduría originaria”.²¹

¹⁹ Consejo Económico y Social, *Los pueblos indígenas: desarrollo con cultura e identidad. Artículos 3 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/desarrollo%20con%20cultura%20e%20identidadS.pdf>.

²⁰ Nugkuag Ikanán, Evaristo, “El desarrollo indígena amazónico”, en Mugarik, Gabe (ed.), *Pueblos indígenas. Nuestra visión del desarrollo*, Barcelona, Icaria 1995, pp. 19-26.

²¹ Lincoman, Carlos Orlando *et al.*, “Nuestro pueblo huilliche de la tierra quiere seguir siendo de la tierra”, en Carrasco, Tania *et al.* (eds.), *Doce experiencias de desarrollo indígena en América Latina*, 3a. ed., Quito, Ediciones Abya-Yala, 2003, p. 107.

Cabe señalar que la diferencia epistemológica que existe entre la perspectiva de desarrollo indígena y convencional no es una novedad. En 1995 se organizó un seminario en el que se compartió información acerca del estado actual del desarrollo de los pueblos indígenas entre representantes de los gobiernos, de organismos internacionales de cooperación, de distintas Organizaciones de la Sociedad Civil (OSC) y de pueblos indígenas.²² Uno de los resultados fue que

el evento puso en evidencia diferencias de perspectiva entre los actores respecto de lo que todos denominamos desarrollo indígena; algunas dificultades para comprender el rol que les cabe en el ciclo de los proyectos a las instituciones internacionales, las oficinas gubernamentales y las organizaciones de los beneficiarios indígenas.²³

2. *El concepto de propiedad*

A. *Concepto de propiedad convencional*

Por lo que respecta al concepto de propiedad, por la parte convencional me referiré a la interpretación desarrollada por el sistema interamericano de derechos humanos. Esta interpretación deriva del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) que establece el derecho a la propiedad privada. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) aborda en su jurisprudencia —y de una forma especialmente clara en el caso *Salvador Chiriboga v. Ecuador*—²⁴ en primer lugar “un concepto amplio de propiedad que abarca, entre otros, el uso y goce de los bienes, definidos como cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona”.²⁵ Para la Corte IDH, el patrimonio “comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible

²² Carrasco, Tania *et al.*, “Introducción”, en Carrasco, Tania *et al.* (eds.), *Doce experiencias de desarrollo indígena en América Latina*, Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe, 3a. ed., Quito, Ediciones Abya-Yala, 2003, pp. 7-9.

²³ *Ibidem*, p. 3.

²⁴ Corte IDH, *Caso Salvador Chiriboga v. Ecuador*, Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de agosto de 2011, Serie C Núm. 230. El caso versa sobre la expropiación de un inmueble (y la ausencia de indemnización) de María Salvador Chiriboga por parte del Concejo Municipal de Quito.

²⁵ *Ibidem*, párr. 59.

de valor”.²⁶ De acuerdo con este tribunal internacional el derecho a la propiedad debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática en el sentido de que el bien común y los derechos colectivos se protejan de igual forma a los derechos individuales; por lo que puede ser restringido en función de la utilidad pública o del interés social, estar sujeto al pago de una justa indemnización o ser limitado mediante una ley conforme a la CADH.²⁷

De forma complementaria, el juez Caldas, en su voto concurrente de la *Opinión Consultiva 22* de la Corte IDH,²⁸ expresó que no todo derecho de propiedad puede ser considerado perteneciente a la esfera de los derechos humanos. Para este juez interamericano la propiedad privada que debe ser considerada derecho humano es el “mínimo existencial”, que corresponde a las necesidades básicas y esenciales de la persona y su familia.²⁹ Es decir, que “atentaría a los derechos humanos privar al individuo de parcela patrimonial mínima indispensable, solo esos casos recaerían en la esfera de competencia de la Corte”.³⁰

Lo interesante para el ejercicio de comparación que se propone hacer en este artículo es que —incluso en la dimensión que pertenece a la esfera de los derechos humanos—³¹ la propiedad privada desde la perspectiva convencional se refiere siempre a los bienes *apropriables* (ya sea muebles o inmuebles, elementos corporales o incorporeales o cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor), lo cual afirma la superioridad del ser humano

²⁶ *Ibidem*, párr. 55.

²⁷ *Ibidem*, párr. 62.

²⁸ Corte IDH, *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador)*, Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016, Serie A Núm. 22, voto concurrente del Juez F. Caldas. La consulta fue formulada por el Estado de Panamá el 28 de abril de 2014 y versa sobre la titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano.

²⁹ *Ibidem*, párr. 8.

³⁰ *Ibidem*, párr. 11.

³¹ La Corte IDH ha hecho un esfuerzo significativo para compatibilizar el derecho aplicable en casos relacionados con las perspectivas indígenas. Sin embargo, este esfuerzo no es realizado con el mismo énfasis en otras esferas. Por ejemplo, se ha señalado que “[s]i bien estos pueblos protegen en su territorio cerca del 80% de la biodiversidad del planeta, son propietarios legales de menos del 11% de dichas tierras”. Guerra Saravia, Leonel, “Pueblos guatemaltecos y su realidad”, *El siglo*, 21 de agosto de 2016, disponible en: <http://s21.gt/2016/08/18/pueblos-guatemaltecos-realidad/>. Es decir, se refieren al tema de la propiedad indígena solo a partir de la perspectiva convencional. *Cfr.* página del Banco Mundial, Pueblos Indígenas, sección de contexto, disponible en: <http://www.bancomundial.org/es/topic/indigenouspeoples>.

frente a todo lo que puede ser apropiable. De igual forma, es interesante notar el hecho de que esta interpretación a nivel interamericano del derecho a la propiedad privada solo se explica y tiene sentido en función del bienestar y la utilidad humana.³²

B. *Concepto de propiedad desde la perspectiva indígena*

En otra sentencia de la Corte IDH,³³ mediante la cual se declara la responsabilidad internacional de Ecuador en perjuicio de la comunidad Kichwa de Sarayaku, se expresan con mucha claridad varios de los miembros de esta comunidad sobre el valor que le dan a su territorio. Por ejemplo, dice el entonces Presidente de Sarayaku, José Gualinga, que la selva es

[la] inspiración donde, cuando estamos en esos lugares, sentimos una forma de suspiro, de emoción, y así cuando regresamos a nuestro pueblo, a la familia, nos sentimos fortalecidos. [Esos espacios] son los que nos dan la potencia, la potencialidad y la energía vital para poder sobrevivir y vivir. Y todo está entrelazado entre las lagunas, las montañas, los árboles, los seres, y también nosotros como un ser viviente exterior... [H]emos nacido, hemos crecido, nuestros ancestros vivieron en estas tierras, nuestros padres, o sea, somos originarios de estas tierras y nosotros vivimos de este ecosistema, de este ambiente.³⁴

Otra de las personas de la comunidad, Patricia Gualinga, expresó la relación que tiene la comunidad con la tierra

[e]s una relación íntima, es una relación de convivencia armónica, el *Kawasak Sacha* para nosotros es la selva que es viva, con todo lo que ello implica, con todos sus seres con toda su cosmovisión, con toda su cultura en la cual nosotros estamos inmiscuidos... Estos seres son muy importantes. Ellos nos mantienen con la energía vital, ellos mantienen el equilibrio y la abundancia, ellos mantienen todo el cosmos y están conectados entre sí. Estos seres son indispensables no solo para Sarayaku, sino para el equilibrio amazónico y están conectados entre sí, y por eso Sarayaku defiende tan arduamente su espacio de vida.³⁵

³² Cfr. Corte IDH, *Caso Salvador Chiriboga v. Ecuador*..., cit., párrs. 55 y 60-65.

³³ Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C Núm. 245.

³⁴ *Ibidem*, párr. 152.

³⁵ *Ibidem*, párr. 153.

Para la comunidad Huilliche de Chile, la propiedad

...no es el título de dominio que se guarda en el Conservador de Bienes Raíces el que le da valor a nuestra tierra, sino el vínculo respetuoso con la tierra en el que nuestro pueblo ha vivido siempre... La tierra y sus recursos representa para nuestro pueblo el continuar viviendo en estas tierras y de estos recursos, no significa transformarla en una cantidad de dólares como producto del ejercicio empresarial para luego movernos hacia otros sitios, como vemos que ocurre con las empresas forestales o pesqueras que llegan a Chiloé, ganan dinero y luego se trasladan a otro sitio para hacer lo mismo.³⁶

Por otro lado, Evaristo Nugkuag Ikanán señala que, para los pueblos indígenas, el territorio debe ser

...concebido con continuidad; sin fisuras ni fraccionamientos; con el suelo, el subsuelo, los bosques y los ríos, íntegro y diversificado pero cuya garantía jurídica no haga diferencia entre sus diversos elementos... [E]l territorio indígena es un conjunto integrado de recursos en interrelación, que rinde más a nuestro pueblo cuanto más entero y menos transformable se encuentre. Un territorio donde desarrollamos nuestra libertad y nuestros elementos nacionales, y que estamos obligados a defender con la vida para entregarlo a nuestros descendientes. Un territorio cuya concepción y guía de manejo sea la propia cultura del pueblo que ha vivido en él y al que debe reconocerse la más amplia capacidad de disposición y control sobre sus recursos, como corresponde a un pueblo.³⁷

IV. DISTANCIA EPISTEMOLÓGICA

Hacer un ejercicio de empatía con estas concepciones no siempre es sencillo porque, para las personas que no pertenecemos a una comunidad indígena o no hemos estado expuestas durante un tiempo a estas formas de pensamiento, resulta sumamente retador hacer un ejercicio de traducción a nuestros códigos de valoración y de entendimiento. De acuerdo con Matthias Herdegen:

[e]ntre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad... La estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser re-

³⁶ Lincoman, Carlos Orlando *et al.*, *op. cit.*, pp. 107 y 108.

³⁷ Nugkuag Ikanán, Evaristo, *op. cit.*, pp. 23 y 24.

conocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual.³⁸

Por su parte, la Corte IDH también ha intentado hacer este ejercicio de traducción. Con mayor énfasis a partir de la sentencia del *Pueblo Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*, la Corte tiene presente que para los pueblos indígenas existe un vínculo especial con el territorio. En su jurisprudencia, hace énfasis en que se debe proteger

la estrecha vinculación que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de las mismas y los elementos incorporales que se desprenden de ellos. Entre los pueblos indígenas existe una tradición comunitaria sobre la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia a esta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Tales nociones del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponden a la concepción clásica de propiedad, pero la Corte ha establecido que merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana.³⁹

Si bien tanto el mencionado autor como la Corte buscan hacer una referencia a la distinta forma de entender la tierra que tienen los pueblos indígenas, estas citas son un gran ejemplo de la dificultad de empatizar epistemológicamente con distintas cosmovisiones.⁴⁰ Para los pueblos indígenas, como se intentó mostrar a partir de la reproducción del testimonio de algunos de ellos, la tierra no es una propiedad, y no lo es aun teniendo en mente un tipo de propiedad colectiva que tiene también arraigo inmaterial. A partir de esta

³⁸ Herdegen, Matthias, *Derecho económico internacional*, 9a. ed., trad. al castellano de Katia Fach Gómez, Laura Carballo Piñero y Dieter Wolfram, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung Universidad del Rosario, 2012, p. 118.

³⁹ Corte IDH, *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros v. Honduras*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de octubre de 2015, Serie C Núm. 304, párr. 165; y Corte IDH, *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros v. Honduras*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de octubre de 2015, Serie C Núm. 305, párr. 100.

⁴⁰ El historiador Alfredo López Austin define las cosmovisiones como “el conjunto estructurado de los diversos sistemas ideológicos con los que el grupo social, en un momento histórico, pretende aprehender el universo, engloba todos los sistemas, los ordena y los ubica”. López Austin, Alfredo, *Cuerpo humano e ideología, Las concepciones de los antiguos nahuas*, México, IIA-UNAM, 1990, vol. I, p. 20; citado en Zolla, Carlos y Zolla Márquez, Emiliano, *Los pueblos indígenas de México, 100 preguntas*, México, UNAM, 2004.

cosmovisión, como señala Carlos Barrientos: “cada pueblo forja una identidad que está constituida por una memoria histórica, formas de organización social, sistemas productivos, estructuras políticas, normativas sociales y representaciones culturales particulares”.⁴¹

De acuerdo con las cosmovisiones indígenas —y en este punto, me parece, reside el desfase epistemológico— son los pueblos quienes pertenecen a la tierra y ésta no es una pertenencia, aun si se le agregasen elementos espirituales o de propiedad colectiva. En consecuencia, el tratamiento que se le da a los recursos de la tierra a la que pertenecen está enfocado a preservar una armonía de la que ellos forman parte; y buscan preservarla porque de no hacerlo estarían poniendo su propia existencia en riesgo.

En sintonía con lo anterior, Carlos Montemayor explica esta distancia epistemológica y a veces ceguera entre formas de explicar el mundo de una forma muy clara. Para este autor:

En occidente, la grandeza del destino es la trascendencia individual; entre los indígenas, su continuidad como pueblo representa la conservación del mundo. Su relación con la naturaleza es por ello distinta. Pueden distinguir muchos elementos que nuestros ojos no ven. No se trata solamente de identificar huellas, señales atmosféricas o peligros. Se refiere también a muchas expresiones que en su lengua, en su forma cotidiana de decir, revelan la vitalidad que ellos se comprometen a conservar. Nada está desligado en la naturaleza, todo está unido.⁴²

Como puede apreciarse de las distintas voces citadas en este apartado, no solo son distintas la concepción de propiedad convencional y la indígena, también dentro de esta última se pueden encontrar visiones distintas de la relación que tienen las comunidades indígenas con su territorio. Sin embargo, son todas distintas del concepto convencional de desarrollo. El centro y la importancia de la tierra no son el bienestar y la propiedad humana, sino una convivencia respetuosa y balanceada con los demás entes que ocupan ese espacio determinado. La conservación de los recursos es la conservación de las comunidades, pero también de las demás especies y del equilibrio natural que les permite ser quienes son, existir como son. Por estas razones, las comunida-

⁴¹ Barrientos Aragón, Carlos, *Cosmovisión dominante, cosmovisión indígena y territorio*, disponible en: <http://base.d-p-h.info/es/fichas/dph/fiche-dph-8779.html>.

⁴² Montemayor, Carlos, “La cosmovisión de los pueblos indígenas actuales”, en *Desacatos*, núm. 5, 2000, pp. 95-106, disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1607-050X2000000300007.

des indígenas no se sienten con la autoridad de modificar el entorno más allá de las necesidades que tienen; más bien se sienten sus guardianes.

V. ANTE LA DISTANCIA EPISTEMOLÓGICA: PLURALISMO Y DIÁLOGO

El problema epistemológico del que he intentado dar cuenta a lo largo del artículo resulta una pieza fundamental para la relación entre el ICCAL y el DEI por dos razones. La primera es que la falta de atención a esta situación conlleva un alto riesgo de violación de los derechos humanos de las comunidades indígenas. La segunda razón es que, a pesar de las problemáticas, existe potencialidad para generar un diálogo entre las cosmovisiones de los pueblos indígenas y los enfoques convencionales generados desde estas dos perspectivas.

Por lo que respecta a la primera, considero que en la configuración de un diálogo y relación entre estas esferas del derecho internacional no debería ser posible aceptar que continúe la violación de los derechos de identidad cultural, a la autodeterminación o a la propiedad (entre otros, dependiendo de cada caso) de este particular grupo en situación de vulnerabilidad, lo cual se profundiza en los escenarios del derecho de inversiones.⁴³

No solo existen diferencias entre el entendimiento convencional e indígena de desarrollo y propiedad, sino que para las comunidades cambiar de una visión a otra (en estos y otros elementos culturales) significa sacrificar una parte importante de su cultura. Algunas veces es por decisión propia, pero otras tantas conllevan la adopción —por falta de alternativas— de visiones distintas, como ha sucedido en el caso del derecho humano a la propiedad colectiva, a fin de conseguir protección y defensa; y esto no suele ser una garantía de que serán efectivamente protegidos.⁴⁴

A nivel universal, la falta de protección a los pueblos indígenas ha llamado la atención del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas recientemente. En febrero de 2016, dicho organismo de la ONU publicó un estudio en el cual se evidencian acciones regresivas a los derechos de los pueblos indígenas en los ámbitos donde se aplica la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, el Convenio sobre

⁴³ Por ejemplo, como señalan Kube y Petersmann a propósito del caso *Pezold v. Zimbabue*, los derechos de las comunidades indígenas pueden ser desplazados a un plano secundario por falta de invocación (ya sea por parte del Estado o del inversionista) y ser considerados inaplicables; véase Kube, Vivian y Petersmann, Ernst-Ulrich, *op. cit.*, p. 96.

⁴⁴ Véase Pacari, Nina, “Naturaleza y territorio desde la mirada de los pueblos indígenas”, en Acosta, Alberto y Martínez, Esperanza (eds.), *Derechos de la naturaleza. El futuro es ahora*, Quito, Ediciones Abya-Yala, 2009.

la Diversidad Biológica, y las disposiciones de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y el Banco Mundial.⁴⁵

De acuerdo con el Foro, en estos espacios existe una tendencia por parte de los Estados a la adopción de medidas que devalúan la condición de los pueblos indígenas, sus derechos y su participación. Se señala en el informe que las deficiencias en las normas de procedimiento, tanto de Estados como de las organizaciones, afectan a la participación y los derechos sustantivos de los pueblos indígenas y que, por lo tanto,

[l]os procedimientos en el seno de las organizaciones internacionales requieren una rectificación urgente. Los derechos de los pueblos indígenas y las preocupaciones relativas a cuestiones mundiales fundamentales, tales como la biodiversidad, la seguridad alimentaria, el cambio climático, el desarrollo, el libre comercio, y la propiedad intelectual, se están abordando de manera que perjudica los intereses de los pueblos indígenas.⁴⁶

Una de las tareas del pluralismo en la región es el reconocimiento de las cosmovisiones indígenas, no solo para el involucramiento de los mismos en los procedimientos de adopción de políticas, sino debido a que, como apunta Herdegen:

[c]iertas actividades económicas, como la extracción de recursos minerales, provocan conflictos con los intereses de la población local en muchos países. Piénsese en los perjuicios a los derechos humanos de grupos indígenas y otros pueblos tribales con formas propias de vida, reconocidos en varios convenios. En este contexto, la protección de la propiedad privada juega un papel destacado.⁴⁷

Sin embargo, no siempre se considera en la elaboración de los proyectos a quienes se verían beneficiados y afectados. Como apunta el Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos relacionados con proyectos

⁴⁵ Consejo Económico y Social, *Estudio sobre la forma en que los Estados explotan la debilidad de las reglas de procedimiento de las organizaciones internacionales con objeto de devaluar la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y otras normas internacionales de derechos humanos*, Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, E/C.19/2016/4, 19 de febrero de 2016, párr. 2.

⁴⁶ *Ibidem*, párrs. 11-13.

⁴⁷ Herdegen, Matthias, *op. cit.*, p. 118.

de desarrollo e infraestructura de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México, no incluir a las personas en este proceso de diseño de proyectos puede reforzar los procesos de exclusión y discriminación en la toma de decisiones relativas a dichos proyectos.⁴⁸

La segunda razón por la que me parece importante referir este desfase epistemológico está relacionada con la idea anterior, y es la capacidad que tienen los pueblos indígenas para participar en un diálogo para el diseño de proyectos y políticas de desarrollo sostenible desde sus visiones de desarrollo y de propiedad. Para los pueblos indígenas los recursos naturales deben ser usados de forma que no se comprometan los ciclos de vida existentes. Evaristo Nugkuag Ikanán señala al respecto que

[I]a mayor crítica que hemos recibido los pueblos es que no usamos ni explotamos el monte a fondo. Para nosotros ese es el mayor elogio y demostración de nuestra sabiduría heredada porque, precisamente usamos todo el bosque, íntegramente, pero con tal cuidado que ni se dan cuenta de ello. Es la cultura de una relación de convivencia útil con nuestros bosques, y que debe constituir la guía de cualquier acción ambientalista en la Amazonía.⁴⁹

Para demostrar el punto anterior, utiliza como ejemplo las técnicas agrícolas de los pueblos en la Amazonia, mediante las cuales se utilizan los elementos de la naturaleza para regenerar especies, tales como la asociación de cultivos o la crianza de animales de distintas especies. Lo interesante de este ejemplo es que muestra una forma alternativa de abordar y procurar la sostenibilidad. Para las comunidades es una forma de imitar los ciclos cerrados de vida dentro del monte tropical húmedo. No solo en la agricultura se pueden retomar diversas prácticas, también sucede así con procesos autogestivos de producción. En ese sentido, el reconocimiento de estas prácticas como alternativas viables y atendibles es útil para la búsqueda de soluciones en materia de sostenibilidad y como parte del diálogo dentro del ICCAL y el DEI.

De igual forma, el Plan de Desarrollo Integral para los Pueblos Indígenas en Panamá, impulsado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y por el gobierno de Panamá, es un ejemplo de gran interés para ilustrar los intentos de acercamiento entre las distintas visiones de desarrollo que coexisten en el país a través de

⁴⁸ Gutiérrez Rivas, Rodrigo y Emanuelli, Silvia, *Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos relacionados con proyectos de desarrollo e infraestructura*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014, p. 15.

⁴⁹ Nugkuag Ikanán, Evaristo, *op. cit.*, p. 24.

la construcción conjunta de un Estado ciudadano en donde los habitantes puedan participar en la toma de decisiones a nivel nacional, para disfrutar su propio estilo de vida y asegurar su propio bienestar y el acceso equitativo a los beneficios del desarrollo del país, de un modo ordenado y coherente con los principios de la gobernabilidad democrática.⁵⁰

Desde su inicio en 2013 y hasta la fecha, este plan ha tenido resultados favorables que incluyen la elaboración de planes de desarrollo, la discusión de anteproyectos de ley que cuentan con elementos de estos planes elaborados y la incidencia en la elaboración del proyecto de país ante el Banco Mundial. La principal iniciativa desarrollada es la preparación de tres sistematizaciones con el propósito de recoger las diferentes experiencias de conflicto y diálogo en el marco de este programa.⁵¹ Estos espacios de deliberación y diálogo se concentran en la Mesa de Desarrollo Indígena, donde se reúnen representantes de las doce estructuras indígenas del país y del Estado, a través del Ministerio de Gobierno. En suma, el proyecto

busca generar mecanismos y modelos de intercambio de visiones de desarrollo a lo interno del país, impulsando el diálogo intercultural entre las instituciones de gobierno y los representantes de los pueblos indígenas del país y fortaleciendo la gobernabilidad democrática nacional al responder de manera más específica a sus demandas de inclusión, de ciudadanía y reconocimiento de sus derechos culturales y colectivos.⁵²

VI. CONCLUSIÓN

La primera vez que se proyectó un intercambio con los pueblos indígenas fue a mediados de la década de los 90, organizado por el Banco Mundial. Una de las conclusiones de estas sesiones fue que:

[e] desarrollo sostenible puede ser consistente con la conservación de la diversidad biológica en la medida en que la protección ambiental beneficia a los pueblos indígenas y viceversa, pues los patrones de vida indígena reducen los perjuicios a los recursos naturales y mantienen una frontera estable,

⁵⁰ PNUD, *Plan de Desarrollo Integral para los Pueblos Indígenas en Panamá*, disponible en: http://www.pa.undp.org/content/panama/es/home/operations/projects/poverty_reduction/plna_desarrollo_pueblos_indigenas.html.

⁵¹ *Idem.*

⁵² *Idem.*

de esta manera beneficiando a la diversidad biológica. De modo que al apoyar la demarcación y titulación de tierras indígenas, también se está ayudando al proceso de gestión ambiental.⁵³

Esta conclusión, junto con el ejemplo de Panamá y los doce casos registrados por el Banco Mundial sobre proyectos de desarrollo dentro de las comunidades indígenas,⁵⁴ nos permite ver un gran potencial de diálogo entre dichos pueblos y los Estados para el diseño de políticas de desarrollo encaminadas a una mayor protección de sus derechos, a la vez que avances a nivel de políticas públicas y de un desarrollo responsable con las personas y el medio ambiente. Ahora el ICCAL tendría que dar el salto que representa no solo la protección de los pueblos por el valor cultural que representan y por la protección a su integridad e identidad, sino reconocer que también son capaces de diseñar, con las herramientas adecuadas, políticas de desarrollo plausibles y exitosas. Y necesariamente tendría que ser no solo respecto del diseño de políticas hacia el interior de las comunidades (que tienen que ver con su derecho a la autodeterminación) sino también a nivel nacional y regional. Para esto los elementos de pluralismo y diálogo propuestos por el ICCAL son clave.

Sin embargo, para que exista un diálogo en el que se incluyan las cosmovisiones indígenas, es necesario aumentar los planos en los que hasta ahora se ha entendido el pluralismo regional. Una posible forma llevarlo a cabo es incluir en el diseño de políticas de desarrollo formas de participación para otros actores, como lo son los pueblos indígenas. Lo anterior no debe significar que los pueblos indígenas tengan una primacía o una voz privilegiada sobre la de los Estados u organismos internacionales en el diseño de las políticas de desarrollo nacional o regional, o en la adopción de proyectos de infraestructura; aunque sí debieran tener la posibilidad de decidir sobre la disposición de su territorio.

La participación de las comunidades indígenas como una parte en los procesos que conciernen sus tierras representaría reconocer la titularidad de la propiedad, incluso si no es conforme a las formas convencionales de este derecho. De igual forma, la toma en consideración de su forma diversa de relacionarse con los recursos naturales para el mejor diseño de políticas y proyectos significaría un aumento considerable del nivel de pluralismo

⁵³ Uquillas, Jorge E. *et al.*, *Informe sobre la iniciativa para capacitación, apoyada por el Banco Mundial*, Banco Mundial, 1998, párr. 46, disponible en: <http://documents.worldbank.org/curated/en/574141468277134043/Informe-sobre-la-iniciativa-para-capacitacion-apoyada-por-el-Banco-Mundial>.

⁵⁴ *Cfr.* Carrasco, Tania, *et al.*, *op. cit.*

a nivel regional. Además, esta inclusión tiene como consecuencia que los pueblos indígenas dejen de ser considerados como un elemento extraño, que vive en una realidad paralela y tan diversa que difícilmente puede tener algo que decir en la materia. El cambio más importante para abordar la inclusión de las comunidades indígenas en la relación ICCAL-DEI es la forma en la que entendemos el pluralismo y el diálogo. Propuestas como la de Christoph Eberhard, quien propone llevar a cabo relaciones basadas en “el diálogo mutuo que nos permite descubrir a los otros y a nosotros mismos, desvelar nuestro pasado y nuestro presente, así como el de ellos, y entre todos construir un futuro común”,⁵⁵ son sumamente importantes al respecto.

El aumento del espectro del pluralismo y los canales de diálogo que significa reconocer a los pueblos indígenas como interlocutores es un gran reto que tiene esta esfera del derecho internacional, especialmente en nuestra región. La multidireccionalidad de estos dos conceptos del ICCAL también supone la creación de vías que no continúen con la exclusión de las voces indígenas que ya ha identificado el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. Los pueblos y comunidades indígenas han compatibilizado sus cosmovisiones con la nuestra para poder defenderse y seguir ocupando un lugar en el mundo, pero para dejar de considerarlos como grupos vulnerables a los que solo hay que proteger, se requiere también echar mano de los elementos político y cultural del ICCAL. Se necesita un ejercicio de empatía epistemológica que, como se ha tratado de mostrar a lo largo del artículo, no es nada sencillo.

⁵⁵ Eberhard, Christoph, “Diálogo intercultural y derechos humanos”, en Calvo García, Manuel (ed.), *Identidades culturales y derechos humanos*, Madrid, Dykinson, 2002, p. 262.

IMPLICACIONES DEL TLC COLOMBIA-ESTADOS UNIDOS PARA LOS PUEBLOS INDÍGENAS. UN ANÁLISIS A LA LUZ DEL *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* EN AMÉRICA LATINA

Yira SEGRERA AYALA*
Meylin ORTIZ TORRES**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Contexto y Caracterización del TLC Colombia-Estados Unidos*. III. *Implicaciones del TLC Colombia-Estados Unidos frente a los Derechos de los Pueblos Indígenas*. IV. *Conclusiones*

I. INTRODUCCIÓN

A nivel internacional, la lucha por el reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas alcanzó uno de sus mayores logros con la aprobación en 2007, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante DNUDPI).¹ Adicionalmente, se pueden encontrar otros instrumentos, en particular el Convenio núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT),² que buscan contribuir a superar la exclusión

* Candidata a Doctora en Derecho, Universidad de Heidelberg, Alemania. Master en estudios legales internacionales de American University en Washington (USA). En la Universidad del Norte: abogada; especialista en Derecho Público; Profesora Investigadora de tiempo completo del Departamento de Derecho, Ciencia Política y Relaciones Internacionales. Directora del Observatorio en Comercio Internacional. Miembro del Grupo de Investigación en Derecho y Ciencia Política GIDEPI. ysegrera@uninorte.edu.co.

** Magíster en Derecho de la Universidad del Norte. Abogada con énfasis en Derecho Internacional de la Universidad del Norte. Profesora a tiempo completo en la Universidad Sergio Arboleda sede Barranquilla. meylin.ortiz01@usa.edu.co.

¹ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Resolución 61/295, Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, A/RES/61/295, 13 de septiembre de 2007, disponible en: <http://www.un-documents.net/a61r295.htm>. En sus inicios la Declaración fue aprobada con 144 votos a favor, 4 en contra y 11 abstenciones.

² Convenio núm. 169 sobre pueblos indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo, 27 de junio de 1989.

histórica de la que han sido víctimas los pueblos indígenas en el sistema jurídico internacional.

A nivel interamericano, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), la protección de los pueblos indígenas ha sido un “campo de batalla”.³ Gracias a su jurisprudencia, hoy en día se puede afirmar que los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios, y recursos, así como el principio de su consentimiento libre, previo e informado, forman parte del *corpus iuris* del derecho vinculante de los derechos humanos.⁴ La Corte IDH ha sido el faro⁵ que ha permitido la construcción de un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL)⁶ y que, a través de su jurisprudencia, ha ilustrado la contribución de la DNUDPI a la protección de los pueblos indígenas en los litigios relativos a los proyectos de inversión en sus territorios.⁷

Actualmente, los logros que se han alcanzado en la construcción del ICCAL⁸ se encuentran en riesgo, en parte debido a la celebración de tratados bilaterales de inversión (TBI) y la inclusión de capítulos de inversión dentro de los tratados de libre comercio (TLC).⁹ Según el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de la República de Colombia, los Acuerdos

³ Burgogue-Larsen, Laurence, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como tribunal constitucional”, en von Bogdandy, Armin *et al.*, *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 438.

⁴ Corte IDH, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C No. 125, párrs. 127-128. Para mayor información véase Rodríguez Piñero, Luis, “The inter-American system and the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples”, en Allen, Stephen y Xanthaki, Alexandra (coords.), *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2011, pp. 457-484.

⁵ Herrera, Juan C., *The Right of Cultural Minorities to Binding Consent: Case Study of Judicial Dialogue in the Framework of a Ius Constitutionale Commune en América Latina*, Max-Planck-Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper núm. 2017-11, 2017, p. 3, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2972026>.

⁶ El proyecto ICCAL se desarrolla desde el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público con sede en Heidelberg, Alemania. Sobre los principales objetivos del ICCAL, véase <http://www.mpil.de/en/pub/research/areas/comparative-public-law/ius-constitutionale-commune.cfm>.

⁷ Véase también la contribución de Christina Binder en este volumen.

⁸ von Bogdandy, Armin *et al.* (ed.), *Construcción de un ius constitutionale commune en América Latina: contexto, estándares e impacto a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Puebla, Instituto de Ciencias de Gobierno y Desarrollo Estratégico, 2016.

⁹ En la literatura se hace referencia de manera general a los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII) para hacer referencia tanto a los TBI, como a los Capítulos de Protección de Inversiones en los TLC. Los AII otorgan una serie de garantías y derechos al inversor ex-

Internacionales de Inversión (AII) que se encuentran en vigencia son los celebrados con China, India, Perú, Chile, España, Suiza, Reino Unido, Japón, Estados Unidos, México, la Alianza del Pacífico, Triángulo del Norte, Mercosur y la Unión Europea (en este último se vincularon también Perú y Ecuador).¹⁰

El avance que se ha logrado en materia de protección de los derechos de los pueblos indígenas se ve amenazado por la poca protección que se les otorga a estos pueblos dentro de los TLC. Por ejemplo, la protección de la propiedad intelectual tal como se encuentra consagrada en los TLC pone en riesgo la protección de los conocimientos tradicionales de los indígenas, al incluir estos conocimientos tradicionales como propiedad intelectual, es decir, una mercancía que se puede comprar y vender.¹¹

En el presente capítulo, utilizaremos como caso de estudio el TLC entre Colombia y Estados Unidos.¹² El capítulo se enfoca en este TLC debido a las importantes implicaciones para el Estado colombiano y las controversias que generó su ratificación a nivel interno en Colombia. De esta manera, nuestro objetivo es delinear algunas opciones para promover un adecuado equilibrio entre el derecho económico internacional (DEI) y los derechos humanos, especialmente con relación a las tensiones que se generan en aquellas poblaciones más vulnerables, como lo son los pueblos indígenas.

II. CONTEXTO Y CARACTERIZACIÓN DEL TLC COLOMBIA-ESTADOS UNIDOS

Al momento de discutirse la aprobación del TLC, entre los analistas que argumentaban a favor del mismo preponderaban argumentos en torno a que el TLC generaría desarrollo económico en favor del bienestar de los productores y del pueblo, innovación tecnológica, empleos con salarios más

trajero establecido en los Estados de acogida, principalmente la protección de los derechos de los inversores a través de la solución de controversias en los arbitrajes inversionista-Estado.

¹⁰ Acuerdo Comercial entre la Unión Europea, Colombia y Perú, 26 de junio de 2012, disponible en: http://www.tlc.gov.co/publicaciones/18028/acuerdo_comercial_entre_la_union_europea_colombia_y_peru.

¹¹ Rodríguez Cervantes, Silvia, *TLCs: el conocimiento tradicional en venta*, Grain, marzo de 2006, disponible en: <https://www.grain.org/fr/article/entries/38-tlcs-el-conocimiento-tradicional-en-venta>.

¹² Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Estados Unidos de América, 22 de noviembre de 2006, disponible en: http://www.tlc.gov.co/publicaciones/727/texto_final_del_acuerdo.

altos y la promoción de la entrada masiva de inversión extranjera.¹³ Precisamente este llamado a la inversión como punto neurálgico de los afanes de la globalización económica permitió que, por su carácter transnacional o extranjero, muchas empresas realizaran proyectos de extracción y desarrollo¹⁴ en la región.¹⁵

Debido a que el TLC entre Colombia y Estados Unidos regula temas que van más allá que solo el comercio de bienes, se puede afirmar que pertenece a la categoría de acuerdos de nueva o segunda generación.¹⁶ Por ejemplo, se regulan temas relativos a comercio transfronterizo de servicios,¹⁷ propiedad intelectual,¹⁸ compras del Estado¹⁹ e inversión.²⁰ A su vez, la Corte Constitucional consideró que el TLC entre Colombia y Estados Unidos es un acuerdo de naturaleza especial, al señalar que

El Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América presenta unas características especiales que lo hacen atípico, por cuanto, dado el alcance de su propósito principal —la liberalización comercial de bienes y servicios—, las partes consideraron necesario consagrar en el mismo otros acuerdos y propósitos sobre aspectos no comerciales pero que para el caso se encuentran íntimamente relacionados con aquel, como los asuntos sanitarios y fitosanitarios, los derechos de propiedad intelectual, los laborales, y los del medio ambiente, que aunque sin el objeto per se de regular derechos fundamentales, en su desarrollo y aplicación sí pueden tener una repercusión sobre los mismos.²¹

¹³ Alviar, Helena, “El TLC con los Estados Unidos: redefiniendo los límites del debate”, en Urueña, René (coord.), *Derecho internacional, poder y límites del derecho en la sociedad global*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2015, pp. 330 y 331.

¹⁴ Proyectos de desarrollo como: “carreteras, canales, represas, puertos y concesiones para la exploración o explotación de recursos naturales en territorios ancestrales”. Véase CIDH, *Derechos de los Pueblos Indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, 30 de diciembre de 2009, párr. 205.

¹⁵ Véase CIDH, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, OEA/Ser.L/V/II, 31 de diciembre de 2015.

¹⁶ Universidad del Rosario, *Retos y perspectivas: el TLC en el contexto de la integración hemisférica*, 2006, p. 10, disponible en: http://www.urosario.edu.co/Universidad-Ciencia-Desarrollo/w/Fasciculos-Anteriores/Tomo-I--2006/PDF/2006_fasciculo13/.

¹⁷ Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Estados Unidos, capítulo once.

¹⁸ *Ibidem*, capítulo dieciséis.

¹⁹ *Ibidem*, capítulo nueve.

²⁰ *Ibidem*, capítulo diez.

²¹ Corte Constitucional Colombiana, *Expediente LAT-311, Revisión de constitucionalidad del Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, sus car-*

Las referencias a cláusulas sobre derechos humanos en el TLC Colombia-Estados Unidos se limitaron solo a aspectos generales de carácter laboral y, por fuera de ello, no se hizo referencia explícita o implícita a compromisos en derechos humanos en el marco del TLC. Si bien es posible explicar la falta de inclusión de cláusulas sobre derechos humanos debido a la materia eminentemente comercial de los TLC y la falta de interés del Gobierno por proteger los derechos humanos en aras de beneficiar a los países contratantes y sus empresas,²² el Estado colombiano sí ha incluido este tipo de cláusulas en otros tratados como el TLC Unión Europea-Colombia y Perú,²³ y el TLC Colombia-Canadá.²⁴

El TLC entre Colombia y Estados Unidos generó polémicas en lo relacionado con la participación de los pueblos indígenas en la negociación, que se dio de acuerdo a lo establecido por el Decreto 2314 de 2004 “por el cual se reglamentan algunos aspectos procedimentales de las negociaciones del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América”.²⁵ Sin embargo, “la participación del movimiento indígena en estos espacios fue disminuyendo progresivamente pues se consideró que la incidencia de las propuestas y conclusiones era reducida, además de no implicar el cumplimiento de su derecho de participación y su desaprobación al proceso de negociación”.²⁶ No obstante, los pueblos indígenas promovieron su participación a través de procedimientos alternativos tales como la protesta civil y acciones judiciales.²⁷ Pese a estas manifestaciones, los indígenas y afrocolombianos vieron limitado su derecho a la consulta previa en temas

tas adjuntas y sus entendimientos, suscritos en Washington el 22 de noviembre de 2006 y la Ley aprobatoria No. 1143 de 4 de julio de 2007, julio de 2008, párr. 4.1.3.

²² Reatiga Mejía, Camilo *et al.*, “Internacionalización responsable: una perspectiva desde los TLC”, *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 18, núm. 1, 2016, pp. 213 y 214.

²³ Acuerdo Comercial entre la Unión Europea, Colombia y Perú, *op. cit.*, capítulo 1, artículo 1.

²⁴ En el Preámbulo del TLC Colombia-Canadá se establece: los Estados reafirman “sus compromisos en relación con el respeto por los valores y principios de la democracia y la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales como lo proclama la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*”. Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Canadá, disponible en: http://www.tlc.gov.co/publicaciones/16157/acuerdo_de_promocion_comercial_entre_la_republica_de_colombia_y_canada.

²⁵ El Presidente de la República de Colombia, Decreto 2314, 21/07/2004, *Diario oficial* 45.617, disponible en: <https://actualicese.com/normatividad/2004/Decretos/D2314-04.htm>.

²⁶ Pérez, Olga Lucía y Novoa, Edwin, “El TLC Colombia-Estados Unidos y los derechos de los pueblos indígenas”, en Pérez, Olga (coord.), *TLC y pueblos indígenas: entre el saqueo y resistencia*, Bogotá, Centro de Cooperación al Indígena (Cecoin)-Organización Indígena de Antioquia, 2007, p. 101.

²⁷ *Idem*.

relacionados con el TLC entre Colombia-Estados Unidos por decisión del juez constitucional.²⁸

III. IMPLICACIONES DEL TLC COLOMBIA-ESTADOS UNIDOS FRENTE A LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

En el marco de las primeras negociaciones del TLC entre Colombia y Estados Unidos, los pueblos indígenas exigieron la no aplicación del contenido del tratado en sus territorios, ya que ante el instrumento económico internacional, el Estado colombiano y los inversionistas veían el territorio como un instrumento de producción.²⁹ No debemos perder de vista que para los pueblos indígenas, la relación “con sus tierras y territorios tradicionales constituye una parte fundamental de su identidad y espiritualidad y se encuentra profundamente arraigada en su cultura y en su historia”.³⁰ Otra razón del rechazo se debió a que algunas normas³¹ necesarias para la aplicación de dicho TLC fueron entendidas por las organizaciones indígenas³² como evidentes formas de expropiación territorial. No se puede desconocer que el territorio

²⁸ Para la Corte Constitucional Colombiana, los efectos concretos del tratado no surgen a partir de su texto, sino de la materialización de los negocios que se celebran entre las empresas de cada Estado. Siendo esto así, no sería necesaria la consulta previa a las comunidades indígenas al momento de la negociación del tratado, Corte Constitucional Colombiana, *Expediente LAT-311, Revisión de constitucionalidad del Acuerdo de promoción...*, cit., p. 449.

²⁹ Pérez, Olga Lucía y Novoa, Edwin, *op. cit.*, p. 105. Los pueblos indígenas participaron a través de la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC).

³⁰ Foro Permanente para las cuestiones indígenas de las Naciones Unidas, *Los pueblos Indígenas – tierras, territorios y recursos naturales*, disponible en: http://www.un.org/esa/socdev/unhfi/documents/6_session_factsheet1_es.pdf.

³¹ El Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, la Ley General Forestal (recientemente declarada inconstitucional) y el Estatuto de Desarrollo Rural, y se incluirá la propuesta de la ley de aguas que se presentará próximamente en el Congreso, normas todas relacionadas con el Plan Visión Colombia 2019.

³² La Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) expresó en Carta al Congreso de los Estados Unidos de América: “The Free Trade Agreement (FTA) between the governments of Colombia and the United States is a threat to our physical and cultural existence, as it allows for the individualization and commercialization of our rights. Moreover, it lays the foundation for the expropriation of our territories both through the acts of the armed actors and economic players, and by legal channels, through constitutional and statutory reforms adverse to our rights and existence as indigenous peoples”. Organización Nacional Indígena de Colombia, *To the Congress of the United States of America*, 18 de abril de 2007, disponible en: <https://www.wola.org/sites/default/files/downloadable/Andes/Colombia/past/April%202007%20ONIC%20FTA%20Letter%20to%20Congress.pdf>.

nacional es a su vez territorio y propiedad de grupos étnicos.³³ Este hecho generaría condiciones para un encuentro conflictivo entre el proyecto territorial indígena y el proyecto de ordenamiento territorial del Estado.

La ONIC (Organización Nacional Indígena de Colombia) expresó:

El TLC afectará los territorios de nuestros pueblos indígenas, en cuanto se va a negociar sobre recursos que se encuentran en ellos. Se van a construir obras de infraestructura para garantizar estándares de competitividad, bajo el pretexto que son necesarias para posibilitar la salida ágil de nuestros recursos naturales.³⁴

En este sentido, la agenda económica del gobierno con la apertura a los acuerdos comerciales con otros países, iniciando con el acuerdo comercial con Estados Unidos, provocó la intensificación de algunas problemáticas. La suscripción por parte de Colombia del TLC con Estados Unidos vino acompañada de leyes que ayudaron a reconfigurar “la nueva espacialidad” requerida por el libre comercio.³⁵ Estas han incluido la privatización de los territorios a escala regional, la expropiación y desposesión directa de los territorios que se encuentran por fuera de la frontera agrícola, los efectos de la biotecnología, la imposición de modelos agrícolas de tardío rendimiento o la desprotección de los conocimientos tradicionales y recursos genéticos. Estas situaciones, si bien no son específicas a los pueblos indígenas, constituyen una parte del impacto que se genera a sus territorios, donde su cosmovisión choca con la visión de producción del Estado y los inversionistas particulares,³⁶ por ejemplo aquellos interesados en invertir en el sector minero energético.

La problemática se centra en la negociación de los TLC, ya que son principalmente los gobiernos quienes se sientan a la mesa y, mientras que las organizaciones empresariales con frecuencia tienen un papel clave en la formulación de las propuestas bases de negociación, se prescinde de la

³³ “La Explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas...”. *Constitución Política de Colombia*, artículo 330.

³⁴ ONIC, *Denunciamos y rechazamos el Tratado de Libre Comercio*, 10 de septiembre de 2008, disponible en: <http://amazonwatch.org/news/2008/0910-onic-denunciamos-y-rechazamos-el-tratado-de-libre-comercio>.

³⁵ Houghton, Juan, “Desterritorialización, libre comercio y pueblos indígenas”, en Pérez, Olga Lucía (comp.), *TLC y pueblos indígenas: entre el saqueo y la resistencia*, Bogotá, Centro de Cooperación al Indígena (CECOIN)-Organización Indígena de Antioquia, 2007, pp. 39 y 40.

³⁶ *Ibidem*, p. 39.

participación de algunos grupos sociales tales como los pueblos indígenas.³⁷ Debido a las obligaciones y consecuencias que este tipo de acuerdos conllevan a nivel nacional, así como a sus implicaciones sobre los derechos de los pueblos indígenas, podría afirmarse que al ser estos últimos excluidos de la toma de decisión respecto a su suscripción se violarían los preceptos del artículo 6 del Convenio núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo, es decir, su derecho de participación política, siendo impactados por las inversiones extractivas o de infraestructura que dichos acuerdos han incentivado en sus tierras y territorios de ocupación tradicional.³⁸

1. *Tensiones entre los capítulos de medio ambiente y propiedad intelectual del TLC Colombia-Estados Unidos frente a los derechos de los pueblos indígenas*

El capítulo de propiedad intelectual del TLC Colombia-Estados Unidos, disminuye los estándares que se encuentran establecidos en el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) del cual Colombia hace parte³⁹ y Estados Unidos aún no ha ratificado. En el CDB, en sus artículos 3 y 15, se acepta que los Estados son soberanos en el acceso a los recursos genéticos y tienen la facultad de regular el acceso a los mismos.⁴⁰ Como consecuencia de esto, los países que conforman la Comunidad Andina de Naciones (en adelante CAN), entre estos Colombia, a través de la Decisión 486, artículo 20, literal c, prohibieron las patentes sobre formas de vida humana, animal y vegetal en estado natural.⁴¹ Por su parte, el artículo 16.9.2 del TLC Colombia-Estados Unidos, ordena a que “una Parte que no otorgue protección mediante patentes a plantas a la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo, realizará todos los esfuerzos razonables para permitir dicha protección mediante patentes”. Esta situación genera claramente una tensión, pues al permitir la patente sobre plantas, se afecta de manera directa los conocimientos tradicionales de los

³⁷ Aylwin Oyarzún, José *et al.*, *El TPP y los derechos de pueblos indígenas en Latinoamérica*, Lima, IWGIA, 2016, pp. 74 y 75; Corte IDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párrs. 159-167.

³⁸ *Ibidem*, pp. 85 y 86.

³⁹ Colombia es Parte del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), mediante la Ley 165 de 1994 y entró en vigor para el país el 26 de febrero de 1995.

⁴⁰ Convenio sobre la Diversidad Biológica, artículos 3 y 15.

⁴¹ Comisión de la Comunidad Andina, *Decisión 486: Régimen Común sobre Propiedad Industrial*, 2000, artículo 20, literal c). No serán patentables: “las plantas, los animales y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos”.

pueblos indígenas, ya que es justamente a través de las patentes como se legitima la biopiratería.

El capítulo de propiedad intelectual debe analizarse en contraste con el capítulo sobre medio ambiente del TLC Colombia-Estados Unidos. Existe una estrecha relación entre el tratamiento de la biodiversidad, el cuidado al medio ambiente y los recursos biológicos, genéticos y conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas. Lo anterior se evidencia de manera expresa en los objetivos de dicho capítulo, que exponen la dinámica de apoyo mutuo de las políticas comerciales y ambientales, que pretenden la promoción y utilización óptima de los recursos conforme con el objetivo de desarrollo sostenible que integra el TLC.⁴² Dicha relación encuentra su justificación en la concepción de propiedad desde el mundo indígena, ya que está directamente relacionada con la tierra y está comprendida como la base fundamental de su cultura, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica.⁴³

El tema de la propiedad presenta una complejidad enorme en el TLC, donde está regulada desde una perspectiva individualista, frente a la caracterización del mundo indígena que todo lo concibe bajo el criterio de colectividad.⁴⁴ De igual forma existe un desencuentro en las formas de propiedad entre los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales. Los primeros son de propiedad soberana del Estado,⁴⁵ y los segundos, pese a las obligaciones del Estado relativas al respeto y preservación de los conocimientos tradicionales, se conciben como propiedad colectiva desde la realidad indígena.⁴⁶

Esta situación lo que hace es favorecer la presencia de la biopiratería, que consiste en

⁴² Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Estados Unidos, capítulo 18 (Medio Ambiente).

⁴³ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79, párr. 149.

⁴⁴ La Corte Interamericana contempló los derechos de uso y goce reconocidos en el artículo 21 de la CADH concerniente a la propiedad desde una perspectiva colectiva, que forma parte de la cultura jurídica de los pueblos indígenas. Cinelli, Claudia, “Inversiones extranjeras, pueblos indígenas y desarrollo sostenible: la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Tanzi, Attila (coord.), *Derecho internacional de las inversiones en América Latina*, Leiden, Brill, 2016, p. 719.

⁴⁵ Constitución Política de Colombia, artículo 81.

⁴⁶ Corte Constitucional de Colombia, *Revisión constitucional de las Leyes 162 y 165 de 1994 por medio de la cual se aprueba el Convenio sobre Diversidad Biológica hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992, Vladimiro Naranjo Mesa (M.P)*, Sentencia C-519, 21 de noviembre de 1994.

una apropiación directa o indirecta de recursos biológicos, genéticos o conocimientos tradicionales por parte de terceros. Esta apropiación puede darse a través de un control físico, mediante derechos de propiedad intelectual sobre productos que incorporan estos elementos [obtenidos ilegalmente], o en algunos casos, mediante la invocación de derechos sobre los mismos. En la región andina en general, plantas como la quina, el ayahuasca, la maca, el algodón de color, entre otros, son algunos de los ejemplos clásicos en los cuales, a veces utilizando el propio sistema legal vigente, se legitima una situación jurídica que un tercero se reputa legítimo propietario o titular de un derecho cuando menos injusta y cuestionable desde el punto de vista de los principios y el espíritu del Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB).⁴⁷

Se afirma que las patentes legitiman la biopiratería ya que, al permitirse la patente sobre plantas, se hace posible la privatización de los recursos genéticos. Adicionalmente, los criterios de patentabilidad de Estados Unidos son mucho más amplios que los de Colombia.⁴⁸ Y fueron justamente estos criterios los que se tuvieron en cuenta al momento de regularse el tema de patentes en el TLC. En el artículo 16.9.1 del capítulo de propiedad intelectual del TLC Colombia-Estados Unidos, se señala expresamente la posibilidad de obtener patentes siempre y cuando se cumpla con el requisito de novedad, “entrañe una actividad inventiva y sea susceptible de aplicación industrial”.⁴⁹ Sin embargo no se establece qué debe entenderse por novedad, y los criterios “actividad inventiva” y “susceptible de aplicación industrial” se consideran sinónimos de “no evidentes” y “útiles”,⁵⁰ respectivamente, permitiendo de esta manera que se apliquen criterios amplios. Por ejemplo, en Estados Unidos por el solo hecho de aislarse un gen se entiende cumplido el requisito de novedad, ya que no se encontraba previamente en la naturaleza, y por lo tanto sería nuevo.⁵¹ Esta disposición va en contravía de lo estipulado en el artículo 15 literal b de la Decisión 486 de la CAN que establece: “No se considerarán invenciones... b) el todo o parte de seres vivos tal como se encuentran en la naturaleza, los procesos biológicos naturales, el material

⁴⁷ Secretaria General de la Comunidad Andina de Naciones, *Análisis del capítulo ambiental del tratado de libre comercio Centroamérica – Estados Unidos*, Documentos Informativos”, SG/di654, 24 de agosto de 2004, p. 7.

⁴⁸ Gómez Lec, Martha Isabel, “El TLC es inconstitucional por legitimar la biopiratería en contra del interés nacional”, *OASIS*, núm. 13, 2008, p. 125.

⁴⁹ Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Estados Unidos, artículo 16.9.1.

⁵⁰ *Cf.* Gómez Lec, Martha Isabel, “El TLC es inconstitucional por legitimar la biopiratería...”, *cit.*, p. 124.

⁵¹ *Ibidem*, p. 125.

biológico existente en la naturaleza o aquel que pueda ser aislado, inclusive genoma o germoplasma de cualquier ser vivo natural”.⁵² Lastimosamente, en el texto del TLC no se logró incluir la propuesta andina sobre biodiversidad para evitar la biopiratería.⁵³ El capítulo de propiedad intelectual del TLC no reglamenta de manera clara la forma en la que debería realizarse el procedimiento para poder acceder a los recursos genéticos y a los conocimientos tradicionales.⁵⁴ Asimismo, “la contraprestación económica o de cooperación para la conservación de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales no son principios rectores del preámbulo, ni del TLC, ni del capítulo de derechos de propiedad intelectual, ni del capítulo ambiental”.⁵⁵ El vacío jurídico que presentan dichos capítulos no es justificable frente a la rigurosidad con que estos temas son tratados en la Decisión 486 de la CAN y frente a la diversidad multiétnica y pluricultural de países como Colombia.

Colombia tiene claramente definida la supranacionalidad andina desde los aportes de su jurisprudencia constitucional.⁵⁶ En Colombia la naturaleza supranacional del ordenamiento andino es expresada en términos de aplicabilidad directa, las normas comunitarias para surtir sus efectos no necesitan procedimientos de recepción y su aplicación prevalece sobre las normas internas.⁵⁷ En cuanto a las obligaciones de Colombia según la legislación andina, el Estado debe velar por la protección de la propiedad industrial y el acceso a los recursos genéticos reconociendo la salvaguarda y el respeto por los conocimientos tradicionales y colectivos de los pueblos indígenas.⁵⁸

En materia de propiedad intelectual, las autoridades colombianas solamente aplicarán directamente la norma andina y no las reglas del TLC, por

⁵² Comunidad Andina de Naciones, *Decisión 486...*, *cit.*, artículo 15, literal b.

⁵³ Gómez Lee, Martha Isabel, “Amenazas del TLC a la biodiversidad andina”, *OASIS*, núm. 12, 2006, p. 371.

⁵⁴ *Idem.*

⁵⁵ *Idem.*

⁵⁶ Corte Constitucional de Colombia, *Revisión de la Ley 323 de 1996*: “Por medio de la cual se aprueba el Protocolo modificador del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), suscrito en Trujillo, Perú, el 10 de marzo de 1996”, Eduardo Cifuentes Muñoz (M.P.), Sentencia C-231, 15 de mayo de 1997; Corte Constitucional de Colombia, *Revisión de la Ley 457 de 1998* “Por medio de la cual se aprueba el Protocolo modificador del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena”, suscrito en la ciudad de Cochabamba (Bolivia), Eduardo Cifuentes Muñoz (M.P.), Sentencia C-277, 14 de abril de 1999.

⁵⁷ Tremolada Álvarez, Eric, *El derecho andino en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 107.

⁵⁸ Comunidad Andina de Naciones, *Decisión 486...*, *cit.*, artículo 3; Comunidad Andina de Naciones, *Decisión 391: Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos*, 1996, artículo 2, disponible en: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/can/can011es.pdf>.

efecto del principio de la aplicación directa del derecho comunitario. En Colombia, el derecho comunitario es de mayor jerarquía que los tratados internacionales en materia económica y comercial.⁵⁹ Esta es la razón por la cual, a nivel interno, los dos instrumentos no son aplicables al mismo tiempo y, por lo tanto, no es posible que se presente un choque normativo.⁶⁰ Hasta aquí se podría decir que está todo resuelto. Sin embargo, a nivel internacional el hecho de que no se aplique o cumpla con lo establecido en el TLC le podría generar responsabilidad internacional al Estado colombiano, el cual podría ser demandado frente a un tribunal arbitral. Siendo así, existe un estímulo importante para que la legislación interna se adecue a lo establecido en el TLC.

En el artículo 18.10(3) en lo relativo a la Diversidad Biológica, se menciona expresamente a las comunidades indígenas remitiéndose a lo establecido por la CAN en la Decisión 391 que versa acerca del Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos.⁶¹ Sin embargo, esta referencia a la Decisión 391 de la CAN tampoco resuelve el problema, pues solo se refiere a una definición pero no asegura la coherencia normativa entre el TLC y dicha decisión de la CAN. Es a través de la Decisión 391 que se

establece derechos como el Consentimiento Fundamentado Previo (CFP), cuando se quiera aprovechar un conocimiento por parte de una persona ajena a la comunidad y el derecho de las comunidades a participar de manera justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de un conocimiento tradicional asociado a un recurso biológico”.⁶²

Es así como a la luz del TLC es posible solicitar una patente sin que sea obligatoria la obtención del consentimiento fundamentado previo del país de origen o de las comunidades indígenas. Así las cosas, para el caso de Colombia, los pueblos indígenas no tienen las herramientas jurídicas para proteger sus conocimientos frente a las operaciones de empresas estadounidenses o de otros actores. Por esta razón, existe la necesidad de identificar el patrimonio

⁵⁹ Corte Constitucional Colombiana, *Expediente LAT-311, Revisión de constitucionalidad del Acuerdo de promoción...*, cit., p. 166.

⁶⁰ Rojas Arroyo, Santiago y Lloreda, María Eugenia, *¿TLC?: aspectos jurídicos del tratado de libre comercio entre Colombia y Estados Unidos*, Bogotá, Norma, 2007, p. 106.

⁶¹ Comunidad Andina de Naciones, *Decisión 391...*, cit.

⁶² Gómez Lee, Martha Isabel, *Conocimientos tradicionales y biodiversidad en el Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América (TLC)*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 37.

cultural de dominio público,⁶³ para evitar que sea patentado y, asimismo, es necesario plantear la forma de darles un título de propiedad a los pueblos indígenas. Si bien es posible pensar que a través de la Carta de Entendimientos respecto a Biodiversidad y Conocimientos Tradicionales del 22 de noviembre de 2006 que acompaña al TLC se intentó llenar el vacío en cuanto a “la obtención del consentimiento informado” y “la distribución equitativa de los beneficios que se deriven del uso de los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos”, la realidad es que esta regulación no deja de ser un mero reconocimiento al no materializar la forma en la que deberían garantizarse estas disposiciones en la práctica. Igualmente sucede con el artículo 18.10(3) del TLC, el cual contempla una mención de “la importancia de respetar y preservar los conocimientos tradicionales”, pero que en nada aporta al reconocimiento efectivo.

Con relación a estos vacíos en el capítulo de medio ambiente del TLC y a las implicaciones que pueden surgir en materia de protección de conocimientos tradicionales y recursos genéticos de los pueblos indígenas, cabe destacar que en la negociación de este instrumento se ignoraron los mandatos del Convenio núm. 169 de la OIT, que establece la obligación de los gobiernos de consultar a los pueblos indígenas acerca de las medidas legislativas y administrativas que puedan afectarlos.⁶⁴

La Corte Constitucional Colombiana, en la sentencia C 750 de 2008, consideró que el capítulo de medio ambiente estaba conforme a las normas constitucionales, declarando así la exequibilidad del capítulo de medio ambiente, aduciendo que el deber de consulta previa

es consecuencia directa del derecho que les asiste a las comunidades nativas de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura y que, cuando procede ese deber de consulta, surge para las comunidades un derecho fundamental susceptible de protección por la vía de la acción de tutela, en razón a la importancia política del mismo, a su significación para la defensa de la identidad e integridad cultural y a su condición de mecanismo de participación. Sin embargo, también ha considerado esta corporación, que tratándose específicamente de medidas legislativas, es claro que el deber de consulta no surge frente a toda medida legislativa que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlas directamente, evento en el cual, a la luz de lo expresado por la Corte en la Sentencia C-169 de 2001, la consulta contemplada en el

⁶³ Graham, Lorie y McJohn, Stephen, “Indigenous Peoples and Intellectual Property”, *Washington University Journal of Law & Policy*, vol. 19, enero de 2005, pp. 317 y 318.

⁶⁴ Convenio núm. 169 sobre pueblos indígenas y tribales, artículo 6.

artículo 6° del Convenio 169 de la OIT deberá surtirse en los términos previstos en la Constitución y en la ley. También ha precisado la Corte que, en principio, las leyes, por su carácter general y abstracto, no generan una afectación directa de sus destinatarios, la cual solo se materializa en la instancia aplicativa. Sin embargo, puede señalarse que hay una afectación directa cuando la ley altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios. En el presente caso, no se requería adelantar la consulta previa del acuerdo a las comunidades indígenas y tribales, por cuanto las normas del capítulo dieciocho sobre medio ambiente, así como todas las del acuerdo, han sido expedidas de manera uniforme para la generalidad de los colombianos, y no contienen disposiciones que afecten a éstos grupos de manera específica y directa en su calidad de tales; es decir, ninguna de ellas les impone restricciones o gravámenes o les confiere beneficios a éstos grupos étnicos.⁶⁵

Según los artículos 6 y 7 del Convenio núm. 169 de la OIT, el deber de consulta de los Estados acerca de medidas legislativas o administrativas que puedan llegar a afectar a los pueblos indígenas, debe realizarse “de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.⁶⁶ En Colombia, no se cumplió con dichos preceptos del Convenio núm. 169, ya que la Corte Constitucional decidió que para lo concerniente al deber de consulta previa, se estudiaría la posible violación de los derechos de los pueblos indígenas en el desarrollo y aplicación del acuerdo comercial, “de manera específica y directa”⁶⁷ en los casos concretos, no desde el estudio de constitucionalidad del acuerdo comercial. Así las cosas, la Corte no tomó las medidas necesarias para asegurar la protección de los derechos de los pueblos indígenas en el contexto del tratado y esto acabó con las esperanzas de los críticos del TLC, como los indígenas con sus luchas, quienes habían puesto su última ilusión en el tribunal constitucional.

2. *El capítulo de inversión frente a los derechos humanos de los pueblos indígenas*

El TLC Colombia-Estados Unidos en su capítulo 10 regula el tema de las inversiones. Este capítulo, al igual que muchos TLC, contiene regulaciones

⁶⁵ Corte Constitucional Colombiana, *Expediente LAT-311, Revisión de constitucionalidad del Acuerdo de promoción...*, cit., p. 449.

⁶⁶ Convenio núm. 169 sobre pueblos indígenas y tribales, artículo 6.

⁶⁷ Corte Constitucional Colombiana, *Expediente LAT-311, Revisión de constitucionalidad del Acuerdo de promoción...*, cit., p. 20.

relativas al trato nacional, trato de nación más favorecida y nivel mínimo de trato.⁶⁸ Igualmente se define en el capítulo que se entenderá como inversión

todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la asunción de riesgos. Las formas que puede adoptar una inversión incluyen:

- (a) una empresa;
- (b) acciones, capital, y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa;
- (c) bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos;
- (d) futuros, opciones y otros derivados;
- (e) contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares;
- (f) derechos de propiedad intelectual;
- (g) licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna; y
- (h) otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos relacionados con la propiedad, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda.⁶⁹

Generalmente, el concepto de inversión contenido en los TLC y la protección al derecho de propiedad de los inversionistas goza de una gran amplitud. Esta amplitud se deriva de la interpretación extensiva que han realizado los árbitros a través de los diferentes laudos.⁷⁰ De manera general, son los derechos de propiedad de los inversionistas extranjeros, los que en la práctica pueden generar choques con la protección de los derechos de los pueblos indígenas, como lo explicaremos a continuación.

El TLC entre Colombia y Estados Unidos, como la mayoría de TLC, contempla el arbitraje como el mecanismo que se utilizará para resolver las controversias.⁷¹ En Colombia, a diferencia de otros países en Latinoa-

⁶⁸ Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Estados Unidos, artículos 10.3, 10.4 y 10.5.

⁶⁹ *Ibidem*, capítulo 10, sección C, “Definiciones”.

⁷⁰ Los árbitros de inversiones utilizan la fórmula de las expectativas legítimas para definir el contenido de los derechos de propiedad del inversor extranjero. Véase Perrone, Nicolás, “Los derechos de los inversores extranjeros sobre la tierra según los tratados de protección de inversiones: una visión desde Latinoamérica”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 9, enero de 2016, p. 290.

⁷¹ Véase en particular Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Estados Unidos, artículos 10.16 y 10.19.

mérica, no es sino hasta el año 2016 cuando se presenta una solicitud de procedimiento arbitral en materia de inversión extranjera.⁷² También, en el mismo año, se presentaron situaciones en las que las empresas inversionistas extranjeras del sector minero energético invocaron la facultad que les brindó el TLC Colombia-Estados Unidos y recurrieron a la instancia del arbitraje frente a problemáticas que se han dilucidado en la Corte Constitucional, donde se le ha dado terminación al contrato de concesión minera para amparar los derechos que constitucionalmente tienen los pueblos indígenas y su relación con el medio ambiente. Tal es el caso de *Tobie Mining Inc.*, que tiene demandado a Colombia por 16.500 millones de USD.⁷³ La demanda se dio debido a la decisión del gobierno colombiano de crear un área de protección natural y la no autorización de actividades de explotación minera en la zona. Las empresas sostuvieron que el proyecto sufrió retrasos injustos y que el proceso de consulta para la aprobación del Parque Nacional Yaigojé fue fraudulento. La indemnización es reclamada bajo el amparo del artículo 10.7 del TLC Colombia-Estados Unidos, el cual establece que

[n]inguna de las Partes puede expropiar una inversión cubierta, sea directa o indirectamente mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (“expropiación”), salvo que sea: (a) por motivos de propósito público; (b) de una manera no discriminatoria; (c) mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de la indemnización; y (d) con apego al principio del debido proceso y al Artículo 10.5...

La Corte Constitucional, en la sentencia C 750 de 2008⁷⁴ sobre la exequibidad del mecanismo de solución de controversias contemplado en el TLC, señaló que

⁷² Esta disputa fue iniciada por las multinacionales *Glencore International A.G.* y *C.I. Prodeco S.A.*, quienes reclaman supuestas violaciones del Estado colombiano en relación al TBI con Suiza.

⁷³ Es el caso del Parque Nacional Natural Yaigojé-Apaporis. “Por primera vez en la historia del país se daba curso a una solicitud hecha directamente por autoridades tradicionales indígenas —agrupadas alrededor de la Asociación de Capitanes Indígenas Yaigojé-Apaporis— para proteger el medio ambiente de la Amazonía colombiana y la supervivencia de la comunidad. De forma inexplicable, dos días después de la creación del parque, la empresa *Tobie Mining* recibió de Ingeominas un título minero (el contrato de concesión IGH-15001X) para extraer oro dentro de dicha área por 29 años”. Véase Velásquez-Ruiz, Marco, “Al que no quiere caldo: *Tobie Mining Inc.* demanda a Colombia por 16.5 billones de dólares”, *El Tiempo*, 22 de marzo de 2016, disponible en: <http://blogs.eltiempo.com/desmarcado/2016/03/22/tobie-mining-demanda-colombia/>.

⁷⁴ Corte Constitucional Colombiana, *Expediente LAT-311, Revisión de constitucionalidad del Acuerdo de promoción...*, cit., p. 338.

[c]abe precisar, que si bien no es requisito para acudir al arbitraje internacional para resolver las diferencias relativas a inversiones el agotamiento de vías internas, ninguna autoridad de Colombia pierde el ejercicio de sus competencias, y en especial tampoco la pierden las autoridades jurisdiccionales para resolver los asuntos relativos a la protección de los derechos constitucionales. Igualmente debe aclararse, que tampoco podrán ser objeto de arbitraje internacional las sentencias judiciales que se profieran internamente pues éstas se someten al principio de cosa juzgada. En efecto, existe una separación entre el ejercicio legítimo de las competencias del Estado colombiano mediante reglas de juego claras, las cuales se pueden ejercer a plenitud, y las consecuencias económicas que se deriven de aquellas, por lo que el Estado debe prever su responsabilidad al momento de la expedición de los actos administrativos que autoricen una inversión, a fin de no verse posteriormente sometido a conflictos internacionales o a la responsabilidad consagrada en el artículo 90 de la Constitución.

Si bien la posición de la Corte haría parecer que contar con este mecanismo de solución de controversias no es tan problemático, ya varios países están denunciando los TBI por considerar que el sistema de solución de controversias es desproporcional y favorable a las empresas.⁷⁵ En Europa, en el marco de las negociaciones del Tratado Transatlántico de Comercio e Inversiones (TTIP por sus siglas en inglés), el cual se está negociado desde junio de 2013 con Estados Unidos, se ha intentado crear un mecanismo alternativo a este sistema, que respete la jurisdicción de los tribunales de la UE y de los Estados miembros y que no menoscabe los objetivos de las políticas públicas a raíz de los intereses privados.⁷⁶

Actualmente, en los mecanismos de solución de controversias entre inversores y Estados, se conceden derechos a los inversores que afectan a los pueblos indígenas y a la capacidad de protección de los Estados. Esto se debe a que esos mecanismos permiten a los inversores demandar a los Estados cuando consideran se han infringido los derechos que les asisten

⁷⁵ Países como Ecuador han denunciado este tipo de tratados debido principalmente a la desproporcionalidad que se presenta en su sistema de solución de controversias; véase Andes Info, *Ecuador denunciará 16 tratados bilaterales de inversión por causar perjuicio al país*, 13 de mayo de 2017, disponible en: <https://www.andes.info.ec/es/noticias/actualidad/1/57124/ecuador-denunciara-16-tratados-bilaterales-inversion-causar-perjuicio-pais>; Rebossio, Alejandro, “Países latinoamericanos discuten la protección a inversores extranjeros”, *El País*, 8 de mayo de 2013, disponible en: <http://blogs.elpais.com/eco-americano/2013/05/pa%C3%ADses-latinoamericanos-discuten-sobre-la-protecci%C3%B3n-a-inversores-extranjeros.html>.

⁷⁶ Troya, María Sosa, “La Eurocámara plantea alternativas al arbitraje en el pacto con EE.UU.”, *El País*, 9 de julio de 2015, disponible en: https://elpais.com/economia/2015/07/08/actualidad/1436364793_777628.html.

en virtud de los TLC, a través de procedimiento de arbitraje internacional, cuyas decisiones son vinculantes para los Estados.⁷⁷ Por ejemplo, cualquier regulación que sea expedida con posterioridad a la firma del TLC en aras de brindar mayor protección a las poblaciones indígenas, podría ser considerada por los inversionistas como expropiación indirecta o vulneración de la cláusula de Nivel Mínimo de Trato. En ocasiones los Estados restringen su potestad regulatoria por temor a ser demandados internacionalmente. Esto es lo que se conoce en el derecho internacional de inversiones como el “*chilling effect*” o “*regulatory chill*”.

Para los posibles conflictos que se pueden presentar entre Colombia y Estados Unidos, lo preocupante radica en que Estados Unidos nunca ha perdido un caso, y por ende no han tenido que pagar indemnización alguna a ningún inversor.⁷⁸

En estos casos en los que se presentan arbitrajes internacionales entre un inversor extranjero y un Estado, es de importancia determinar si los derechos humanos de quienes no son parte del arbitraje (por ejemplo, las comunidades o las personas que viven bajo la jurisdicción del Estado) pueden ser pertinentes en la resolución de tales disputas. En algunas circunstancias, un Estado puede cumplir con las obligaciones de derechos humanos con los miembros locales de una comunidad y las consecuencias de ello pueden tener efectos desfavorables para el inversor extranjero.⁷⁹

Respecto de los pueblos indígenas, a nivel general, los inversores y el Estado mismo impactan negativamente sobre sus derechos, haciendo uso de los presupuestos establecidos bajo los acuerdos de inversión y de libre comercio. Esto sucede por ejemplo a través de la restricción de su derecho a la libre determinación y al autogobierno, que permite que se agraven las violaciones a la vida de los pueblos indígenas. Además, debido a que no existe un reconocimiento a sus sistemas de gobernanza, no pueden ejercer su derecho al desarrollo, y son despojados de sus tierras y recursos naturales.⁸⁰ Sobre este particular, la Corte Constitucional de Colombia,

⁷⁷ Relatora especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, *Informe de la relatora especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas relativo a las repercusiones de las inversiones internacionales y el libre comercio sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas*, A/70/301, 7 de agosto de 2015, párrs. 15 y 16.

⁷⁸ *Ibidem*, párr. 58.

⁷⁹ Peterson, Luke Eric, *Derechos humanos y tratados bilaterales de inversión*, Montreal, Derechos y Democracia, 2009, p. 26, disponible en: <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/media/documents/derechos-humanos-tratados-bilaterales-de-inversion-peterson-2009.pdf>.

⁸⁰ Relatora especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, *op. cit.*, párr. 39.

por medio de la acción de tutela,⁸¹ detuvo algunos proyectos de inversión en territorios de las comunidades indígenas, como en los casos de las empresas *Cosigo Resources* (Canadá), *Cosigo Resources Colombia*⁸² y el caso *Tobie Mining and Energy Inc*, mencionado anteriormente.⁸³

En este tipo de controversias, también se pueden ver afectados los derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas, ya que los costos para el Estado en razón de la defensa frente a los inversores y el pago de las indemnizaciones podrían llegar a ser considerablemente altos,⁸⁴ lo que traería como consecuencia el desvío de los recursos públicos y limitaría la inversión del propio Estado en el desarrollo progresivo de sus actores sociales.

Expropiar a inversionistas extranjeros para dar cumplimiento a las reivindicaciones territoriales de los pueblos indígenas no es en sí mismo ilegal. Lo relevante para el inversionista es que la indemnización sea cancelada en los términos acordados en los TLC. En la mayoría de casos esta compensación debe ser cancelada a valor del mercado. En el caso del TLC Colombia-Estados Unidos, el artículo 10.7 en el numeral 2(b) establece que la indemnización en caso de expropiación debe ser “equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la expropiación se haya llevado a cabo”.⁸⁵ En la misma línea, lo relevante sería la posibilidad de que la compensación no se realice a valor del mercado cuando la expropiación de tierras haya sido realizada con un fin público legítimo,⁸⁶ entre otras cosas para remediar una apropiación injusta de tierras y territorios indígenas, así como la posibilidad de que los Estados puedan utilizar sus obligaciones relacionadas con los derechos de los pue-

⁸¹ Corte Constitucional de Colombia, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo (M.P.), Sentencia T384A, 17 de junio de 2014.

⁸² Véase UNCTAD, “Investment Dispute Settlement: Cosigo Resources and others v. Colombia”, 2016, disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/Details/726>.

⁸³ Castro, Cristina, “La minera que pide 16.500 millones de dólares de indemnización a Colombia”, *Semana*, 6 de noviembre de 2017, disponible en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/16500-millones-de-dolares-demanda-tobie-mining-contra-colombia-por-apatiparis/528264>.

⁸⁴ Relatora especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, *op. cit.*, párr. 42.

⁸⁵ Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Estados Unidos, artículo 10.7, numeral 2(b).

⁸⁶ Devaney, Margaret B., “Remedios en el arbitraje entre inversor y Estado: desde una perspectiva del interés público”, *Investment Treaty News del International Institute for Sustainable Development*, vol. 3, núm. 3, 2013, pp. 12 y 13, disponible en: http://www.iisd.org/pdf/2013/iisd_itn_march_2013_es.pdf.

blos indígenas como una defensa o un “escudo” frente a las reclamaciones presentadas por los inversionistas extranjeros.

La consideración que los árbitros han tenido de las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos de los pueblos indígenas al momento de fallar ha sido prácticamente nula,⁸⁷ no porque esta posibilidad no exista, sino debido al impedimento que se encuentra fundamentado en la falta de regulación dentro de los TLC de las perspectivas y necesidades de los pueblos indígenas. Actualmente muy pocos TLC contienen cláusulas específicas relacionadas con los derechos de los pueblos indígenas y el TLC Colombia-Estados Unidos no es la excepción. Siendo la protección de los derechos indígenas de vital importancia, se hace relevante que este tipo de cláusulas se comiencen a incluir. Por ejemplo, Nueva Zelanda cuenta con el tratado de *Waitangi*, que hace referencia al acuerdo entre la corona británica y los maoríes, en el cuál se afirman los derechos de esta comunidad y de sus tierras. Con la finalidad de proteger sus obligaciones con esta comunidad, Nueva Zelanda decidió incorporar en sus TLC una forma de excluir las obligaciones que tiene con este grupo. Es así como el Capítulo 15 (denominado “disposiciones generales y excepciones”) del TLC entre ASEAN-Australia-Nueva Zelanda,⁸⁸ el cual entró en vigor en 2012, establece expresamente en su artículo 5 sobre el tratado de *Waitangi* que

[a] condición de que tales medidas no se utilicen como medio de discriminación arbitraria o injustificada contra las personas de las otras partes o como restricción encubierta al comercio de bienes y servicios, ninguna disposición del presente acuerdo impedirá la adopción por parte de Nueva Zelanda de las medidas que considere necesarias para conceder un trato más favorable a los maoríes en lo que respecta a cuestiones cubiertas por el presente acuerdo, incluyendo el cumplimiento de sus obligaciones en virtud del tratado de *Waitangi*.⁸⁹

⁸⁷ Véase, por ejemplo, *Glamis Gold v United States*, UNCITRAL (TLCAN), Laudo, 8 de junio de 2009, disponible en: <https://www.state.gov/s/l/c10986.htm>. En este caso se aceptó la presentación de *amicus curiae* por parte de la tribu Quechan; sin embargo, la argumentación sobre los derechos de los pueblos indígenas no jugó un papel central en el razonamiento del tribunal.

⁸⁸ ASEAN-Australia-New Zealand Free Trade Agreement, capítulo 15 (General Provisions and Exceptions), disponible en: <http://anzfta.asean.org/chapter-15-general-provisions-and-exceptions/>.

⁸⁹ Traducción no oficial: “Provided that such measures are not used as a means of arbitrary or unjustified discrimination against persons of the other parties or as a disguised restriction on trade in goods and services, nothing in this Agreement shall preclude the adoption by New Zealand of measures it deems necessary to accord more favourable treatment to

Otro ejemplo los encontramos en el AII entre las Repúblicas de Sudáfrica y Mauricio, donde si bien no se incluyó una cláusula que haga referencia directa a los pueblos indígenas, se logró incluir una excepción para aquellos grupos o personas desfavorecidas. En su artículo 3.4, denominado tratamiento de la inversión, se estableció que

...las disposiciones de los párrafos 2) y 3) no se interpretarán de modo que obliguen a una Parte Contratante a extender a los inversionistas de la otra parte contratante el beneficio de cualquier tratamiento, preferencia o privilegio resultante de...

c) Toda ley o medida en virtud de una ley cuya finalidad sea promover el logro de la igualdad en su territorio, o destinada a proteger o adelantar a las personas o categorías de personas, las desventajas por discriminación injusta en su territorio.⁹⁰

Los párrafos 2 y 3 hacen referencia a los principios de trato nacional y de nación más favorecida. Esta exclusión permite que Sudáfrica pueda tomar medidas de discriminación positiva en favor de ciertos grupos sin vulnerar el principio de no discriminación.

Por otro lado, a pesar de que existe a nivel nacional e internacional una amplia regulación sobre los derechos de los pueblos indígenas y sobre la importancia del consentimiento libre, previo e informado, hasta la fecha no existe claridad acerca de si el deber de consulta previa se aplica a los TLC desde el momento de su negociación, pues no existe una norma expresa que obligue a los Estados a consultar a los pueblos indígenas al momento de negociarse este tipo de tratados. Por ejemplo, para nuestra corte constitucional colombiana, los efectos concretos del tratado no surgen a partir de su texto, sino de la materialización de los negocios que se celebran entre las empresas de cada Estado. Siendo esto así, no sería necesaria la consulta previa a las comunidades indígenas al momento de la negociación del tratado.⁹¹

Maori in respect of matters covered by this Agreement including in fulfillment of its obligations under the Treaty of Waitangi”.

⁹⁰ Traducción no oficial: “The provisions of paragraphs (2) and (3) shall not be construed so as to oblige one Contracting Party to extend to the investors of the other Contracting Party the benefit of any treatment, preference or privilege resulting from... (c) Any law or measure in pursuance of any law, the purpose of which is to promote the achievement of equality in its territory, or designed to protect or advance persons, or categories of persons, disadvantages by unfair discrimination in its territory”.

⁹¹ Corte Constitucional Colombiana, *Expediente LAT-311, Revisión de constitucionalidad del Acuerdo de promoción...*, cit., p. 449.

Es por esto que coincidimos con la apreciación de la relatora de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas y consideramos que, debido a las obligaciones y consecuencias que los TLC conllevan al nivel nacional, y al impacto de estos sobre los derechos de los pueblos indígenas, no contar con la presencia de representantes de los pueblos indígenas en la negociación de los mismos debería ser considerado, “por sí sol[o], una violación de los derechos de consentimiento libre, previo e informado, consulta y libre determinación”.⁹² Al aprobarse este tipo de tratados, de los cuáles se sabe con certeza que en su mayoría pueden tener repercusiones en los territorios de los pueblos indígenas, “el posible efecto preventivo de la observancia del derecho al consentimiento libre, previo e informado se malogra”.⁹³

IV. CONCLUSIONES

Tomando el TLC entre Estados Unidos y Colombia como ejemplo, este capítulo ha mostrado que los TLC representan un desafío para la consolidación del ICCAL y, más específicamente, para la protección de los derechos de los pueblos indígenas.

Pese a la redirección que hace el capítulo del TLC Colombia-Estados Unidos sobre la propiedad intelectual hacia la normativa de la CAN, no se hace una referencia directa al tratamiento preferencial que el Estado colombiano pudiera tener con sus pueblos indígenas. El TLC con Estados Unidos retrocede en los avances que a través de la normativa andina y la normatividad internacional se habían logrado en materia de protección de los conocimientos tradicionales.

Es posible que un tribunal de inversiones pueda tomar en consideración las obligaciones del Estado colombiano en relación con la protección de los derechos de los pueblos indígenas. La mejor manera de proteger los derechos de los pueblos indígenas en un tribunal de arbitraje es a través de la inclusión de un texto específico dentro del tratado, en el cual se haga referencia a este tipo de derechos. Al incorporarse expresamente este tipo

⁹² Relatora especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, *op. cit.*, párrs. 31 y 37. Los derechos vulnerados hacen parte de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas (artículos 2, 19, 28, 29 y 32), Convenio núm. 169 sobre pueblos indígenas y tribales (artículo 6) y la Convención sobre la diversidad biológica (artículo 15).

⁹³ *Ibidem*, párr. 34.

de cláusulas, los Estados podrían justificar el incumplimiento de un TLC basándose en sus obligaciones en materia de derechos humanos.⁹⁴

En el caso particular de Colombia, es innegable que el país está intentando actualizarse y enfrentarse a los desafíos de la dinámica global. El problema no reside en el objetivo de Colombia de atraer la inversión y el progreso económico, sino en el excesivo y permisivo afán de que entraran sin los debidos controles. Los estándares de derechos humanos, en particular en materia de derechos de los pueblos indígenas, alcanzados como consecuencia de la labor titánica de la Corte IDH, no deberían ser ignorados a través de la celebración de TLC que permitan a los Estados sustraerse de las obligaciones adquiridas a nivel internacional. Particularmente cuando nos referimos a poblaciones que han sido objeto de exclusión histórica, como lo son los pueblos indígenas, la tendencia debe ser hacia su inclusión.

⁹⁴ Véase Segrera Ayala, Yira Luz, “Restoring the Balance in Bilateral Investment Treaties: Incorporating Human Rights Clauses”, *Revista de Derecho*, núm. 32, 2009, pp. 139-161.

EL BANCO MUNDIAL FRENTE AL CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR LATINOAMERICANO: PANORAMA GENERAL Y PASOS CONCRETOS

Armin VON BOGDANDY
Franz Christian EBERT*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La relevancia del Banco Mundial para el constitucionalismo transformador latinoamericano.* III. *El poder del Banco Mundial desde una perspectiva jurídica.* IV. *Facilitar el acercamiento de las actividades del Banco Mundial al constitucionalismo transformador latinoamericano.* V. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

El impacto social del Banco Mundial en América Latina es ambivalente y altamente controvertido. El problemático legado de los programas de ajuste estructural promovidos por el Banco junto con el Fondo Monetario Internacional (FMI) sigue siendo palpable en América Latina, y hasta la fecha ha dado lugar a intensos debates. Sus actividades han sido criticadas, entre otras razones, por su orientación neoliberal, por sus efectos negativos en el ámbito social y en los derechos humanos, así como por eludir los procesos democráticos en los países involucrados.¹ Por otro lado, en parte debido a la considerable

* Los autores son respectivamente director e investigador del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público. Agradecemos a Kanad Bagchi, Philipp Dann, Simon Hentrei, Juan C. Herrera, Julia Liebermann, Mariela Morales Antoniazzi, Andrea Nuila, Michael Riegner, Lucas Sánchez, Ximena Soley, René Urueña y Pedro Villarreal, así como los participantes de la *Dienstagsrunde* por sus valiosos comentarios a versiones anteriores de este texto. Por supuesto, cualquier error es responsabilidad únicamente nuestra. Traducción del inglés por Juan C. Herrera y Lucas Sánchez, con revisiones posteriores de los autores.

¹ Véase, por ejemplo, Burgos Silva, Germán, *Estado de derecho y globalización. El Banco Mundial y las reformas institucionales en América Latina*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia/

resistencia ejercida por movimientos sociales,² el Banco Mundial ha reformulado paulatinamente su agenda a favor de una noción holística de desarrollo.³ Para ello ha adoptado, entre otras medidas, políticas dirigidas a mitigar los efectos adversos de sus operaciones.⁴ Además, en varias de sus actividades en la región el Banco también ha puesto el foco en la promoción de la inclusión de grupos vulnerables, financiando por ejemplo iniciativas para incrementar el acceso a servicios públicos en materia de suministro de agua, salud, saneamiento o educación.⁵ No obstante, los proyectos financiados por el Banco Mundial, a pesar de que su fin es mejorar la situación de la población del país, con frecuencia conllevan impactos problemáticos para los derechos humanos.⁶

Frente a este escenario complejo, la presente investigación analiza las implicaciones de las actividades del Banco Mundial para el constitucionalismo transformador latinoamericano,⁷ tal y como lo entiende el enfoque

Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 2009, pp. 311-323; Tan, Celine, *Governance through Development. Poverty Reduction Strategies, International Law and the Disciplining of Third World States*, Oxford, Routledge, 2011, pp. 52 y 85; Abouharb, M. Rodwan y Cingraneli, David, *Human Rights and Structural Adjustment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 149 y 181.

² Véase al respecto Rajagopal, Balakrishnan, “From Resistance to Renewal: The Third World, Social Movements, and the Expansion of International Institutions”, *Harvard Journal of International Law*, vol. 41, núm. 2, 2000, pp. 529-578.

³ Véase, por ejemplo, Vetterlein, Antje, “Economic Growth, Poverty Reduction, and the Role of Social Policies: The Evolution of the World Bank’s Social Development Approach”, *Global Governance*, vol. 13, núm. 4, 2007, pp. 513-533, en especial p. 518.

⁴ Véase, entre otros, McBeth, Adam, *International Economic Actors and Human Rights*, Londres-Nueva York, Routledge, 2010, pp. 196-206, y Heupel, Monika, “Human Rights Protection in World Bank Lending: Following the Lead of the US Congress”, en Heupel, Monika y Zürn, Michael (eds.), *Protecting the Individual from International Authority. Human Rights in International Organizations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 243-250.

⁵ Véase, por ejemplo, Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), Corporación Financiera Internacional (CFI) y Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI), *Country Partnership Framework for the Republic of Panama for the period FY15-FY21*, 2 de marzo de 2015, pp. 42-45; BIRF, *Program Document for a Proposed Loan in the Amount of US\$ 400 Million to the State of Bahia with a Guarantee of the Federative Republic of Brazil for Strengthening Fiscal Management and Promoting Better and More Inclusive Service Delivery*, 3 de julio de 2014, pp. 2-3.

⁶ Véase, por ejemplo, Darrow, Mac, *Between Light and Shadow: The World Bank, the International Monetary Fund and International Human Rights Law*, Oxford, Hart Publishing, 2003, pp. 72-74; Ghazi, Bahram, *The IMF, the World Bank Group and the Question of Human Rights*, Ardsley, Transnational Publishers, 2005, pp. 40-45.

⁷ Respecto al constitucionalismo transformador en América Latina, véase Cepeda Espinosa, Manuel José, “Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court”, *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 3, núm. 4, 2004, pp. 537-700; Gargarella, Roberto et al. (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot, Ashgate Publishing, 2006.

del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL).⁸ Con sus amplios recursos a nivel económico y político, el Banco Mundial influye en la realidad socioeconómica de los países latinoamericanos, lo que puede tener repercusiones con respecto al logro de los objetivos del constitucionalismo transformador en la región, específicamente en cuanto al reconocimiento de los derechos humanos, la inclusión social, la democracia pluralista y la institucionalidad.⁹ De ahí surge el interrogante con respecto a las medidas que podrían aproximar las actividades del Banco Mundial a estos objetivos. Ello requiere, ante todo, una conciencia sobre la relación entre los objetivos del constitucionalismo transformador y las actividades del Banco. Una vez analizada esta relación, es indispensable la correspondiente voluntad política de las instituciones relevantes, lo cual dependerá de manera considerable de la presión política ejercida desde la sociedad civil. Dicha disposición política, si bien es necesaria para este proceso, no es suficiente. Más bien, el acercamiento de las actividades del Banco Mundial al constitucionalismo transformador latinoamericano también tiene una dimensión jurídica e incluso doctrinal que este artículo explorará desde la perspectiva del derecho público.

El artículo se estructura en tres partes. Después de la introducción, la sección II examina en detalle la difícil relación entre el Banco Mundial y el constitucionalismo transformador latinoamericano a la luz de la lectura del ICCAL. Si bien las fricciones entre los objetivos de este constitucionalismo transformador y las actividades del Banco Mundial se han reducido en los últimos tiempos, todavía persisten desafíos importantes. Con el fin de abordar estas cuestiones desde una perspectiva jurídica, la sección III indaga en los instrumentos a través de los que el Banco ejerce su poder. Esto abarca no solo un análisis de los instrumentos de financiamiento, sino también de otros instrumentos, como los informes *Doing Business* y herramientas semejantes para evaluar las políticas de los países.¹⁰ La sección IV esboza

⁸ Véase, por ejemplo, las contribuciones en von Bogdandy, Armin *et al.* (eds.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, y en von Bogdandy, Armin *et al.* (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

⁹ Para más información sobre estos conceptos véase, por ejemplo, von Bogdandy, Armin *et al.* en este volumen y 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.

¹⁰ Cabe señalar que las mencionadas actividades, tales como los instrumentos de financiamiento y otros instrumentos como los informes *Doing Business*, están altamente interrelacionadas, lo que resalta la necesidad de analizar sus efectos sobre el constitucionalismo transformador en su conjunto.

vías mediante las cuales dichos instrumentos podrían, con las reformas necesarias, apoyar al constitucionalismo transformador latinoamericano y reducir las tensiones existentes.

II. LA RELEVANCIA DEL BANCO MUNDIAL PARA EL CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR LATINOAMERICANO

1. *El Banco Mundial en el contexto de América Latina*

El término “Banco Mundial” se utiliza habitualmente para referirse a dos instituciones del Grupo del Banco Mundial (GBM) que se dedican sobre todo al sector público: el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), que se ocupa de los países con ingresos medios, y la Asociación Internacional de Fomento (AIF), que trabaja con los países más pobres.¹¹ Igualmente pertenecen al GBM dos instituciones que prestan servicios financieros a empresas del sector privado, la Corporación Financiera Internacional (CFI) y el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI).¹²

Más allá de las instituciones del GBM, una multitud de instituciones financieras internacionales (IFIs) desarrolla actividades en América Latina. Esto incluye, a nivel global, el FMI, y en la región, particularmente el Banco Interamericano de Desarrollo, la Corporación Andina de Fomento, el Banco Centroamericano de Integración Económica y el Fondo Latinoamericano de Reservas. En este espectro también es posible incluir al Nuevo Banco de Desarrollo de los países parte del grupo BRICS, pues está emergiendo como un actor financiero de desarrollo interregional en América Latina.¹³ Asimismo, los bancos privados y actores similares se han convertido

¹¹ Sobre las cuestiones terminológicas relacionadas, véase Ragazzi, Maurizio, “World Bank Group”, en Wolfrum, Rüdiger (ed.), *The Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, t. X, p. 909.

¹² El quinto miembro del GBM, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, no presta servicios financieros.

¹³ En abril de 2017 se firmó un primer acuerdo de préstamo entre el Nuevo Banco de Desarrollo y el Banco de Desarrollo de Brasil por valor de 300 millones de USD. Véase New Development Bank, *NDB Signs First Loan Agreement in Brazil for Financing Renewable Energy Projects*, comunicado de prensa del 26 de abril de 2017, disponible en: http://www.ndb.int/press_release/ndb-signs-first-loan-agreement-brazil-financing-renewable-energy-projects/.

progresivamente en una alternativa al financiamiento del Banco Mundial.¹⁴ La competencia a la cual el Banco Mundial se enfrenta en varios ámbitos también genera efectos en sus operaciones y su agenda en la región. Dentro de este contexto, el Banco Mundial continúa siendo un actor con influencia considerable en lo que respecta a la formulación de políticas económicas y de asistencia financiera en los países de América Latina. Por ejemplo, en el año fiscal de 2016, los compromisos netos totales de la cartera activa del Banco Mundial en América Latina y el Caribe ascendieron a 28.800 millones de USD.¹⁵ Además, el Banco Mundial también impacta en las políticas nacionales a través de otros instrumentos, por ejemplo las evaluaciones de políticas nacionales por medio de los informes *Doing Business*.¹⁶

2. *El Banco Mundial visto a través del lente del constitucionalismo transformador latinoamericano*

A. *El problemático legado del Banco Mundial en América Latina*

El Banco Mundial ha influido en las condiciones económicas y sociales de América Latina desde hace décadas.¹⁷ Por ejemplo, con Colombia el Banco ya llevaba a cabo en la década de los cincuenta un diálogo intenso sobre políticas nacionales de desarrollo, acompañado de varios préstamos.¹⁸ Desde entonces, la influencia del Banco Mundial en los países de la región ha variado sustancialmente a lo largo del tiempo y en función de las relaciones

¹⁴ Véase, por ejemplo, Weaver, Catherine, “The World’s Bank and the Bank’s World”, *Global Governance*, vol. 13, núm. 4, 2007, p. 502; Avallé, Oscar A., “The Multilateral Development Banks in Latin America and the Caribbean Region”, *Vermont Journal of Environmental Law*, vol. 6, núm. 2, 2004, pp. 193-212, y Prada, Fernando, *World Bank, Inter-American Development Bank, and Subregional Development Banks in Latin America: Dynamics of a System of Multilateral Development Banks*, ADBI Working Paper Series núm. 380, 2012; disponible en: <https://www.adb.org/sites/default/files/publication/156235/adbi-wp380.pdf>. Sobre la privatización de la cooperación al desarrollo, véase Davis, Kevin E., y Dadush, Sarah, “The Privatization of Development Assistance: Symposium Overview”, *New York University Journal of International Law & Politics*, vol. 42, núm. 4, 2010, pp. 1079-1089.

¹⁵ Véase Banco Mundial, *Annual Report 2016*, Washington, 2016, p. 60.

¹⁶ Véase más en detalle la sección III.2.B.

¹⁷ Con respecto a los inicios de las actividades del Banco Mundial en América Latina, véase Burgos Silva, Germán, *op. cit.*, pp. 38-41.

¹⁸ Véase Alacevich, Michele, *The Political Economy of the World Bank. The Early Years*, Palo Alto/Washington, Stanford University Press/Banco Mundial, 2009, pp. 46-49, así como Es-lava, Luis, *Local Space, Global Life. The Everyday Operation of International Law and Development*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, pp. 122-124.

concretas entre el Banco y las autoridades de los países en cuestión, así como de las coyunturas políticas a nivel global e interno del Banco.¹⁹ Dicho esto, no cabe duda de que los préstamos condicionados y el asesoramiento del Banco Mundial han afectado profundamente al rol del Estado con respecto a la economía en diversos países de América Latina.²⁰ De este modo, el Banco Mundial ha tenido un papel importante en las reformas estructurales de muchos países en materia del sector público,²¹ del mercado laboral,²² del sector bancario²³ y de los sistemas judiciales,²⁴ entre otras áreas.

Especialmente después del giro del Banco Mundial hacia el impulso de ajustes estructurales a finales de la década de los setenta,²⁵ sus actividades han sido sumamente controvertidas en América Latina. Basados en las políticas del denominado Consenso de Washington,²⁶ sus programas —a menudo concebidos en colaboración con el FMI— tendían a dar alta prioridad a reformas orientadas a la liberalización, la desregulación y la privatización de

¹⁹ Véase con respecto a la relación entre el Banco Mundial y actores políticos internos Woods, Ngaire, *The Globalizers. The IMF, the World Bank, and Their Borrowers*, Ithaca-Londres, Cornell University Press, 2006, pp. 65-83; para un estudio del caso de México véase *ibidem*, pp. 84-103. Acerca de las implicaciones políticas de las dinámicas dentro del Banco véase, por ejemplo, Vetterlein, Antje, “Seeing It Like the World Bank on Poverty”, *New Political Economy*, vol. 17, núm. 1, 2012, pp. 35-58, en especial p. 54.

²⁰ Véase Fix-Fierro, Héctor y López-Ayllón, Sergio, “The Impact of Globalization on the Reform of the State and the Law in Latin America”, *Houston Journal of International Law*, vol. 19, núm. 3, 1997, p. 792.

²¹ Véase Baer, Werner y Birch, Melissa, “Privatization and the Changing Role of the State in Latin America”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 25, núm. 1, 1992-1993, pp. 7 y 8.

²² A manera de ejemplo véase O’Brien, Robert, “Antagonism and Accommodation: The Labor-IMF/World Bank Relationship”, en Kaasch, Alexandra y Stubbs, Paul (eds.), *Transformation in Global and Regional Social Policies*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2014, pp. 156 y 157.

²³ Con respecto a México, véase Zamora, Stephen, “NAFTA and the Harmonization of Domestic Legal Systems: The Side Effects of Free Trade”, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 12, núm. 2, 1995, pp. 419 y 420.

²⁴ Véase Santos, Alvaro, “The World Bank’s Uses of the «Rule of Law» Promise in Economic Development”, en Trubek, David M. y Santos, Alvaro (eds.), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 282-286.

²⁵ Véase al respecto Pahuja, Sundhya, *Decolonising International Law. Development, Economic Growth and the Politics of Universality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 165-168; Dann, Philipp, *The Law of Development Cooperation. A Comparative Analysis of the World Bank, the EU and Germany*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 90-92.

²⁶ Sobre este concepto véase Williamson, John, “A Short History of the Washington Consensus”, *Law and Business Review of the Americas*, vol. 15, núm. 1, 2009, pp. 7-23.

vastos sectores económicos.²⁷ Lo anterior ha tendido a afectar la regulación estatal de los actores empresariales, la capacidad redistributiva del Estado y su papel como agente económico.²⁸ Este tipo de enfoque ha sido criticado, entre otros aspectos, por la falta de atención adecuada a los aspectos sociales y por no considerar los contextos nacionales.²⁹ En la misma línea, varios estudios han señalado problemas de los programas de ajuste estructural del Banco Mundial y del FMI en materia de derechos humanos.³⁰ Particularmente, se ha identificado una correlación a largo plazo entre los mencionados programas y violaciones de derechos humanos en diversas áreas.³¹ Otras investigaciones sugieren que muchos de estos programas no han alcanzado sus objetivos en términos de crecimiento y estabilidad económica,³² ni tampoco han logrado frenar el aumento de la pobreza.³³ De lo anterior se desprende que el enfoque centrado en los ajustes estructurales también ha sido altamente problemático desde la perspectiva de los postulados del constitucionalismo transformador, particularmente en lo relacionado con los derechos económicos y sociales, así como con la inclusión social.

²⁷ Véase, por ejemplo, López-Jacoiste Díaz, Eugenia, *El Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y los derechos humanos*, Navarra, Thomson Reuters, 2013, p. 203 y, en cuanto al sector financiero, Williams, David, “Development and Global Governance: The World Bank, Financial Sector Reform and the «Will to Govern»”, *International Politics*, vol. 45, núm. 2, 2008, en especial p. 217.

²⁸ Véase Biersteker, Thomas J., “Reducing the Role of the State in the Economy: A Conceptual Exploration of IMF and World Bank Prescriptions”, *International Studies Quarterly*, vol. 34, núm. 4, 1990, pp. 486-487.

²⁹ Véase, por ejemplo, respecto a Perú, Scheetz, Thomas, *Peru and the International Monetary Fund*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 1986, pp. 152 y 153.

³⁰ Véase Ghazi, Bahram, *op. cit.*, pp. 47-51; López-Jacoiste Díaz, Eugenia, *op. cit.*, pp. 204 y 205.

³¹ Véase al respecto Abouharb, M. Rodwan y Cingranelli, David, “The Human Rights Effects of World Bank Structural Adjustment, 1981-2000”, *International Studies Quarterly*, vol. 50, núm. 2, 2006, pp. 233-362, en especial pp. 256-257; Abouharb, M. Rodwan y Cingranelli, David, *Human Rights and Structural Adjustment...*, *cit.*, especialmente pp. 149 y 181; Eriksen, Silja y de Soysa, Indra, “A Fate Worse than Debt? International Financial Institutions and Human Rights, 1981-2003”, *Journal of Peace Research*, vol. 46, núm. 4, 2009, pp. 485-503; Blanton, Robert G. *et al.*, “The Impact of IMF and World Bank Programs on Labor Rights”, *Political Research Quarterly*, vol. 68, núm. 2, 2015, pp. 324-336, en especial p. 332.

³² Véase Easterly, William, “What Did Structural Adjustment Adjust? The Association of Policies and Growth with Repeated IMF and World Bank Adjustment Loans”, *Journal of Development Economics*, vol. 76, núm. 1, 2005, pp. 1-22, especialmente p. 20.

³³ Véase Ellis, Mark S., “The World Bank: Fighting Poverty – Ideology versus Accountability”, en Nadakavukaren Schefer, Krista (ed.), *Poverty and the International Economic System. Duties to the World's Poor*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 294, con referencias adicionales.

B. *La evolución del Banco Mundial más allá del Consenso de Washington*

A la luz de lo anterior, no resulta sorprendente que los préstamos de ajuste estructural en repetidas ocasiones hayan provocado una marcada resistencia por parte de la sociedad civil³⁴ y de otras instituciones internacionales, como la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).³⁵ Especialmente, la presión externa por parte de la sociedad civil parece haber impulsado la materialización de cambios relevantes en la organización,³⁶ mediante el refuerzo de voces progresistas dentro del Banco³⁷ y a veces a través de instituciones nacionales con influencia en el Banco, como el Congreso de los Estados Unidos.³⁸ En particular, el Banco Mundial se ha alejado gradualmente del enfoque centrado en el “ajuste estructural” y ha adoptado una noción holística de desarrollo.³⁹ Este cambio de enfoque implica una visión más amplia del rol del Estado que también comprende la distribución de la riqueza,⁴⁰ frente a visiones minimalistas que pretenden simplemente garantizar los derechos de los actores económicos en el mercado.⁴¹ Ello fue

³⁴ Véase, por ejemplo, Heredia, Blanca, “The Political Economy of the Mexican Crisis”, en Ghai, Dharam (ed.), *The IMF and the South. The Social Impact of Crisis and Adjustment*, Londres-Nueva Jersey, Zed Books, 1991, pp. 128-130; MacLean, Sandra J. et al., “Structural Adjustment and the Response of Civil Society in Bangladesh and Zimbabwe: A Comparative Analysis”, en Gills, Barry K. (ed.), *Globalization and the Politics of Resistance*, Basingstoke-Nueva York, Palgrave, 2000, pp. 295-312.

³⁵ Véase Trubek, David M., “Law, State, and Developmentalism”, en Trubek, David M. et al. (eds.), *Law and the New Development State. The Brazilian Experience in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 8.

³⁶ Véase Rajagopal, Balakrishnan, *International Law from Below. Development, Social Movements and Third World Resistance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, en especial pp. 113-127; Weaver, Catherine, *op. cit.*, pp. 502 y 503.

³⁷ Véase, por ejemplo, Vetterlein, Antje, “Economic Growth, Poverty Reduction...”, *cit.*, pp. 525 y 526. Al respecto, conviene recalcar que ni el Banco Mundial ni el país son entidades monolíticas, sino que están conformadas por diferentes actores con intereses diversos y con conflictos ideológicos y políticos en su interior; véase, por ejemplo, Kapur, Devesh, “The Changing Anatomy of Governance of the World Bank”, en Pincus, Jonathan R. y Winters, Jeffrey A. (eds.), *Reinventing the World Bank*, Ithaca-Londres, Cornell University Press, 2002, p. 59. Una descripción ilustrativa de los conflictos ideológicos y políticos dentro del Banco se encuentra en Wade, Robert, “US Hegemony and the World Bank: The Fight over People and Ideas”, *Review of International Political Economy*, vol. 9, núm. 2, 2002, pp. 201-229, en especial pp. 210-213.

³⁸ Véase Heupel, *op. cit.*, pp. 252, 256 y 257.

³⁹ Véase, por ejemplo, Vetterlein, Antje, “Seeing it Like the World Bank...”, *cit.*, p. 42.

⁴⁰ Véase Dann, Philipp, *The Law of Development Cooperation...*, *cit.*, p. 115.

⁴¹ Con respecto a las reformas del mercado financiero apoyadas por el Banco Mundial en diferentes países, véase Williams, David, *op. cit.*, pp. 216 y 217.

incorporado en el Marco Integral de Desarrollo (MID), propuesto por el entonces presidente del Banco, James Wolfensohn, a finales de la década de los noventa.⁴² Además, el marco para la elaboración de los Documentos de Estrategia de Reducción de la Pobreza (DERP) —los cuales eran requeridos por el FMI y el Banco Mundial para prestar apoyo financiero a países de bajos ingresos—⁴³ incluyó un mayor énfasis en la participación del país, así como de las partes interesadas.⁴⁴

En relación a los instrumentos del Banco Mundial que han reemplazado a los programas de ajuste estructural, tales como los DERP y los Préstamos para Políticas de Desarrollo,⁴⁵ algunos autores los han criticado argumentando que introducen cambios cosméticos y en esencia reproducen el enfoque anterior.⁴⁶ Una valoración completa de estas críticas en el contexto de América Latina requiere un análisis de las operaciones del Banco Mundial caso por caso, lo cual está fuera del alcance de este capítulo. No obstante, es posible identificar tendencias en las actividades del Banco Mundial que sugieren que el organismo está, por lo menos en algunos casos, prestando una mayor atención a temas relacionados con el constitucionalismo transformador latinoamericano. A título de ejemplo se puede mencionar que el Banco Mundial progresivamente ha reformado su enfoque de tal manera que en la actualidad se subraya la necesidad de poner mayor énfasis en materia de desarrollo social e inclusión social.⁴⁷ En referencia a sus actividades crediticias y de asesoramiento, ha apoyado el

⁴² Respecto de las implicaciones del MID dentro del Banco Mundial, véase Gulrajani, Nilima, “The Art of Fine Balances. The Challenge of Institutionalizing the Comprehensive Development Framework Inside the Bank”, en Stone, Diane y Wright, Christopher (eds.), *The World Bank and Governance. A Decade of Reform and Reaction*, Abingdon, Routledge, 2007, pp. 48-66.

⁴³ Entretanto, el Banco Mundial ha dejado de exigir a los países de bajos ingresos que preparen los mencionados DERP. Véase Banco Mundial *et al.*, *World Bank Group: A New Approach to Country Engagement*, Washington, 2014, párr. 47.

⁴⁴ Véase Dann, Philipp, *The Law of Development Cooperation...*, *cit.*, pp. 309 y 312.

⁴⁵ Véase abajo la sección III.2.A.a).

⁴⁶ Véase, por ejemplo, Tan, Celine, “The Poverty of Amnesia. PRSPs in the Legacy of Structure Adjustment”, en Stone, Diane y Wright, Christopher (eds.), *The World Bank and Governance. A Decade of Reform and Reaction*, Abingdon, Routledge, 2007, pp. 147-167, en especial pp. 153-155; Fujita, Sanae, “The Challenges of Mainstreaming Human Rights in the World Bank”, *International Journal of Human Rights*, vol. 15, núm. 3, 2011, pp. 381 y 382, con referencias adicionales.

⁴⁷ Véase Banco Mundial, *Inclusion Matters. The Foundation for Shared Prosperity*, Washington, 2013.

acceso a suministros de agua potable,⁴⁸ la atención médica⁴⁹ y el fortalecimiento de redes de protección social,⁵⁰ entre otros.

El Banco Mundial también ha dado soporte a numerosos proyectos orientados a fortalecer el Estado de derecho, tanto en lo concerniente a la judicatura como a otros entes relacionados con la justicia en distintos países, incluyendo los latinoamericanos.⁵¹ Sin embargo, varias de las reformas en cuestión han sido calificadas como problemáticas, por ignorar el contexto sociocultural del país correspondiente,⁵² por obviar procesos democráticos nacionales⁵³ y por estar sometidas a los fines del Consenso de Washington.⁵⁴ En parte como respuesta a estas críticas, el Banco Mundial ha experimentado con diferentes aproximaciones para abordar temas

⁴⁸ Véase, por ejemplo, Banco Mundial, *Program Appraisal Document on a Proposed Loan in the Amount US\$55 Million to the National Bank of Public Works and Services (Banobras) with the Guarantee of the United Mexican States for a Oaxaca Water and Sanitation Sector Modernization Operation*, 5 de mayo de 2014.

⁴⁹ A modo de ejemplo véase Banco Mundial, *Program Appraisal Document on a Proposed Loan in the Amount of US\$420 Million to the Republic of Costa Rica for a Strengthening Universal Health Insurance in Costa Rica*, 18 de febrero de 2016.

⁵⁰ Sobre el apoyo del Banco Mundial al programa Bolsa Familia de Brasil, véase Milazzo, Annamaria y Grosh, Margaret, *Social Safety Nets in World Bank Lending and Analytical Work: FY2002-2007*, Banco Mundial, Washington, 2008, p. 30.

⁵¹ Véase, por ejemplo, Cissé, Hassane, “Justice Reform: The Experience of the World Bank”, en Bussani, Mauro y Heckendorn Urscheler, Lukas (eds.), *Comparisons in Legal Development. The Impact of Foreign and International Law on National Legal Systems*, Zurich, Schulthess, 2016, pp. 23-26.

⁵² Respecto a las reformas judiciales de la década de los noventa en Argentina, véase Tuozzo, Maria F., “World Bank Influence and Institutional Reform”, *Development and Change*, vol. 40, núm. 3, 2009, pp. 467-485, en especial pp. 481 y 482 y, con respecto al tema de la independencia judicial, Laver, Roberto, “The World Bank and Judicial Reform: Overcoming “Blind Spots” in the Approach to Judicial Independence”, *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 22, núm. 2, 2011-2012, pp. 183-238, en especial pp. 215 y 216.

⁵³ Véase Burgos Silva, Germán, *op. cit.*, en especial pp. 331 y 332.

⁵⁴ Véase Faúndez, Julio, “Rule of Law or Washington Consensus: The Evolution of the World Bank’s Approach to Legal and Judicial Reform”, en Perry-Kessaris, Amanda (ed.), *Law in the Pursuit of Development*, Oxford/Nueva York, Routledge, 2010, pp. 190 y 191. El Banco ha explicado la falta de resultados positivos de los programas de ajuste estructural refiriéndose en parte a problemas en la gobernanza y el Estado de derecho en los países concernidos; véase Van Den Meerssche, Dimitri, “The Evolving Mandate of the World Bank: How Constitutional Hermeneutics Shaped the Concept and Practice of Rule of Law Reform”, *Law and Development Review*, vol. 10, núm. 1, 2017, pp. 93 y 94 y Krever, Tor, “The Legal Turn in Late Development Theory: The Rule of Law and the World Bank’s Development Model”, *Harvard International Law Journal*, vol. 52, núm. 1, 2011, pp. 287-319, especialmente pp. 305, 306 y 319.

específicos relacionados con el Estado de derecho.⁵⁵ Un ejemplo es el “Programa Justicia para los Pobres”, que busca ayudar a los grupos sociales menos favorecidos y se centra en los procesos de reforma contextualizados en lugar de un enfoque único para todos.⁵⁶

Igualmente ha cambiado la postura del Banco Mundial en materia de derechos humanos. Aunque durante mucho tiempo no estaba en la agenda del Banco, el organismo paulatinamente se ha abierto en cierta medida al discurso de los derechos humanos.⁵⁷ Ente otros aspectos, el Banco Mundial ha reconocido la capacidad de los tribunales, en particular en América Latina, de transformar las relaciones sociales y económicas mediante los derechos económicos y sociales.⁵⁸ Adicionalmente, el Banco Mundial ha adoptado políticas de salvaguarda relativas a pueblos indígenas y otras comunidades afectadas. Algunas de estas políticas tienen relevancia directa para los derechos humanos y, por consiguiente, también para el constitucionalismo transformador latinoamericano.⁵⁹

En términos generales es posible afirmar que las tensiones entre los objetivos del constitucionalismo transformador, por un lado, y las actividades del Banco Mundial, por el otro, se han ido atenuando. Esta afirmación, no obstante, no pretende negar la existencia de problemas relativos a un acercamiento de los objetivos del Banco Mundial al constitucionalismo transformador. En efecto, algunas de sus actividades continúan presentando serias dificultades. Por ejemplo, en los informes *Doing Business* es palpable una inclinación neoliberal que favorece a la desregulación y, a pesar de los instrumentos del Banco Mundial relacionados con los derechos humanos, éstos continúan siendo afectados por numerosos proyectos que financia el organismo.⁶⁰ Además, a través de experiencias pasadas se puede observar

⁵⁵ Véase Desai, Deval y Woolcock, Michael, “Experimental Justice Reform: Lessons from the World Bank and Beyond”, *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 11, 2015, pp. 155-174.

⁵⁶ Hasta la fecha, este programa principalmente está operativo en Asia y África; véase Banco Mundial, *Justice for the Poor*, Washington, sin fecha.

⁵⁷ Véase Sarfaty, Galit A., “Doing Good Business or Just Doing Good: Competing Human Rights Frameworks at the World Bank”, en Morgan, Bronwen (ed.), *The Intersection of Rights and Regulation: New Directions in Sociolegal Scholarship*, Aldershot, Ashgate Press, 2007, p. 93; y sección IV.1.A de este capítulo.

⁵⁸ Véase Banco Mundial, *World Development Report 2017. Governance and the Law*, Washington, 2017, p. 94.

⁵⁹ Véase abajo la sección IV.1.

⁶⁰ Véase entre otros ejemplos Munarriz, Gerardo J., “Rhetoric and Reality: The World Bank Development Policies, Mining Corporations, and Indigenous Communities in Latin America”, *International Community Law Review*, vol. 10, núm. 4, 2008, pp. 431-443, en especial p. 441; Natenson, Meghan, “The World Bank Group’s Human Rights Obligations under the

que no existe un progreso lineal en las políticas del Banco Mundial hacia una mayor observancia de los derechos humanos. De hecho, en algunas ocasiones ha habido un retroceso en el grado de protección o la efectividad de determinadas políticas de salvaguarda del Banco.⁶¹

Finalmente, a nivel más general, conviene resaltar que el hecho de que el Banco Mundial se haya abierto más a temas sociales y de derechos humanos no significa en sí mismo que el efecto de sus actividades sea positivo desde la perspectiva del constitucionalismo transformador latinoamericano. De hecho, se ha argumentado que la incorporación de temas sociales y de conceptos como la “buena gobernanza” o el “desarrollo sostenible” a la agenda del Banco Mundial podría incluso provocar que éste influya en las políticas públicas nacionales en estas áreas hacia paradigmas de índole neoliberal centrados en el mercado, permitiendo al Banco contrarrestar al mismo tiempo las críticas que recibe desde los movimientos sociales.⁶²

El análisis precedente pone de relieve la necesidad de desarrollar enfoques conceptuales, además de mecanismos concretos, tendentes a asegurar que las actividades del Banco Mundial no tengan efectos negativos sobre el constitucionalismo transformador, sino que más bien apoyen sus objetivos. En las siguientes secciones se pretende contribuir a esta tarea.

III. EL PODER DEL BANCO MUNDIAL DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICA

1. *Un marco conceptual para entender el poder del Banco*

Una estrategia para facilitar el mencionado acercamiento consiste en reconfigurar el marco jurídico de las actividades del Banco Mundial a fin de evitar que las mismas impacten de manera adversa en los objetivos del constitucionalismo transformador latinoamericano. Más bien se pretende que las actividades del

United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights”, *Berkeley Journal of International Law*, vol. 33, núm. 2, 2015, pp. 493-496.

⁶¹ Véase, por ejemplo, Heupel, *op. cit.*, pp. 261-262 y Bugalski, Natalia, “The Demise of Accountability at the World Bank?”, *American University International Law Review*, vol. 31, núm. 1, 2016, pp. 1-56.

⁶² Véase, por ejemplo, Chimni, Bhupinder, “International Financial Institutions and International Law: A Third World Perspective”, en Bradlow, Daniel D. y Hunter, David B. (eds.), *International Financial Institutions & International Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2010, pp. 32-62, en especial p. 39; Rittich, Kerry, “The Future of Law and Development: Second-Generation Reforms and the Incorporation of the Social”, en Trubek, David M. y Santos, Alvaro (eds.), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 203-253, en especial pp. 234, 246 y 247.

Banco contribuyan a su concretización. Para mucha gente resulta obvio asociar al Banco Mundial con un ente poderoso que debería ejercer su poder legítimamente para el bien común y en consonancia con los estándares de buena gobernanza acordados en la región. Sin embargo, lograr que este tipo de lugar común se refleje en los marcos jurídicos correspondientes es un proceso más complejo. Un primer paso necesario para acercar la autoridad del Banco Mundial al constitucionalismo transformador es identificar y comprender mejor los instrumentos a través de los cuales el Banco ejerce influencia a nivel nacional.

Facilitar este proceso es el objetivo del enfoque de derecho público, el cual pretende reconstruir y desarrollar el ámbito jurídico que regula el ejercicio de *autoridad pública*, incluyendo aquella desempeñada por instituciones internacionales.⁶³ La idea principal es reforzar los regímenes jurídicos relacionados con las actividades de las instituciones internacionales a la luz de su carácter público. De este modo, la doctrina puede coadyuvar a abordar problemas derivados de tales actividades.⁶⁴

Cabría preguntarse si un enfoque de derecho público es adecuado para el Banco Mundial, en especial cuando su actividad principal consiste en préstamos que generalmente se asocian a actividades comerciales privadas. De hecho, distintos autores señalan que en un principio la concepción que varios funcionarios del Banco Mundial tenían de este organismo era que se asemejaba más a un banco privado que a una institución pública para el desarrollo.⁶⁵ No obstante, dicha concepción es contraria a lo establecido en los convenios constitutivos de las dos instituciones que conforman el Banco (el BIRF y la AIF), de acuerdo a los cuales sus objetivos principales no son el lucro sino el desarrollo y otros

⁶³ Esta parte se fundamenta en von Bogdandy, Armin *et al.*, “From Public International to International Public Law: Translating World Opinion into International Public Authority”, *European Journal of International Law*, vol. 28, núm. 1, 2017, pp. 115-145, en especial pp. 133-141.

⁶⁴ Lo anterior está en sincronía con otros enfoques académicos que también buscan desarrollar un marco de derecho público para las actividades de gobernanza de organizaciones internacionales y actores relacionados, tales como los enfoques del constitucionalismo global, del derecho institucional internacional y del derecho administrativo global. Véase, por ejemplo, Peters, Anne, “Los méritos del constitucionalismo global”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 40, enero-junio de 2018, pp. 3-20; Schermers, Henry G. y Blokker, Niels M., *International Institutional Law. Unity within Diversity*, 5a. ed., Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2011; Kingsbury, Benedict *et al.*, “The Emergence of Global Administrative Law”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, núms. 3-4, 2005, pp. 15-61.

⁶⁵ Véase Pahuja, Sundhya, *op. cit.*, p. 67. Según Dann, esta visión sigue vigente en parte del personal actual del Banco, véase Dann, Philipp, *The Law of Development Cooperation...*, *cit.*, p. 194.

bienes públicos.⁶⁶ En consecuencia, el Banco no puede operar por interés propio, sino solo para promover intereses colectivos.⁶⁷

Ahora bien, no todas las actividades del Banco Mundial merecen la misma atención de acuerdo con el paradigma de derecho público. De hecho, revisten particular interés aquellos casos en los que la organización ejerce su poder y que, precisamente, suelen ser los casos que desencadenan mayores controversias. Dicho esto, el enfoque de derecho público atribuye su objeto de estudio no al concepto amplio de poder, sino al concepto más limitado de autoridad, es decir, un poder basado en una competencia legal, como en este caso el mandato del Banco Mundial. La idea básica de este enfoque es precisamente que cualquier ejercicio de autoridad pública da lugar a cuestiones de legitimidad que requieren ser abordadas a través de un marco de derecho público.⁶⁸

En este sentido, el ejercicio de la autoridad pública internacional implica la capacidad de repercutir en la libertad de otro, sea un individuo o un ente colectivo, así como la *afirmación* de tener la facultad de hacerlo de acuerdo al derecho internacional.⁶⁹ Dichas repercusiones pueden consistir en la restricción de la libertad de los Estados beneficiarios del Banco Mundial, pero también pueden ampliar dicha libertad o condicionar su uso. Las respectivas repercusiones pueden materializarse mediante el cambio de una situación jurídica, que obligue a un actor o persona a actuar de cierta manera; igualmente pueden obedecer al cambio de una situación factual. Otorgar o retener recursos financieros constituye una herramienta poderosa al respecto.

Además, los actos de las instituciones internacionales pueden repercutir en la libertad de los actores al influir en sus conocimientos y percepciones.⁷⁰

⁶⁶ Artículo I del Convenio Constitutivo del BIRF; artículo I del Convenio Constitutivo de la AIF.

⁶⁷ Véase acerca de los aspectos conceptuales von Bogdandy, Armin *et al.*, “From Public International to International Public Law...”, *cit.*, pp. 137-139.

⁶⁸ Véase también von Bogdandy, Armin *et al.*, “Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities”, *German Law Journal*, vol. 9, núm. 1, 2008, pp. 1375-1400, en especial pp. 1381 y 1383.

⁶⁹ Lo anterior no significa que un acto ilegal pierda la calificación de ejercicio de autoridad, ya que pueden presentarse usos ilegales de esta, y en tales casos los actos serán objeto de disputa legal. Así las cosas, vale la pena recordar que dicha comprensión de la autoridad debe distinguirse de la legitimidad: la autoridad está acompañada de un refutable *reclamo* de legitimidad. En el derecho internacional, los dos conceptos suelen presentarse como sinónimos, por ejemplo, en la escuela de *New Haven*; véase Hathaway, James C., “America, Defender of Democratic Legitimacy”, *European Journal of International Law*, vol. 11, núm. 1, 2000, pp. 121-134.

⁷⁰ Respecto a los fundamentos psicológicos, véase Ryan, Richard M. y Deci, Edward L., “Intrinsic and Extrinsic Motivations: Classic Definitions and New Directions”, *Contemporary Educational Psychology*, vol. 25, núm. 1, 2000, pp. 54-67.

Es de este modo que la gobernanza mediante la información se ha convertido en un instrumento particularmente importante a nivel global.⁷¹ Resulta por lo tanto necesario que el constitucionalismo transformador latinoamericano tenga en cuenta los diferentes instrumentos a través de los cuales el Banco Mundial ejerce esa autoridad, que no se limitan a los instrumentos de préstamo, sino van más allá. A continuación se describirán brevemente varios instrumentos clave del Banco Mundial, con el fin de identificar ejercicios de autoridad pública relevantes y desentrañar su significado para el constitucionalismo transformador.

2. *Instrumentos que involucran un ejercicio de autoridad pública por el Banco Mundial*

A. *Los instrumentos de financiamiento del Banco Mundial*

a. El financiamiento para Políticas de Desarrollo

Las Operaciones de Financiamiento para Políticas de Desarrollo, que reemplazaron a los programas de ajuste estructural,⁷² se han convertido en un instrumento fundamental para ejecutar la agenda del Banco Mundial.⁷³ A pesar de que los estatutos del BIRF y de la AIF contemplan préstamos que no estén relacionados con proyectos de inversión específicos solo “en circunstancias especiales”,⁷⁴ este tipo de financiamiento ha llegado a representar alrededor del 50 % de las actividades crediticias del Banco en algunos años.⁷⁵

⁷¹ Véase, por ejemplo, Davis, Kevin E. *et al.*, “Introduction: Global Governance by Indicators”, en Davis, Kevin E. *et al.* (eds.), *Governance by Indicators. Global Power through Quantification and Rankings*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 3-28, y las otras contribuciones en dicho volumen.

⁷² Sobre este cambio, véase Dann, Philipp, *The Law of Development Cooperation...*, *cit.*, pp. 413-415.

⁷³ Véase Banco Mundial, *Bank Policy on Development Policy Financing*, 2 de agosto de 2017, OPS5.02-POL.105, y Banco Mundial, *Bank Procedure 3.60 on Development Policy Financing*, actualizado en julio de 2014.

⁷⁴ Artículo III sección 4(vii) del Convenio Constitutivo del BIRF; y artículo V sección 1 b) del Convenio Constitutivo de la AIF.

⁷⁵ Véase Schlemmer-Schulte, Sabine, “International Bank for Reconstruction and Development (IBRD)”, en Wolfrum, Rüdiger (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, t. V, p. 377. Por ejemplo, el monto de los desembolsos brutos del BIRF en Financiamientos para Políticas de Desarrollo ascendió a más de la mitad

Dicho financiamiento también tiene implicaciones para los objetivos del constitucionalismo transformador latinoamericano. Los efectos sociales de los Préstamos para Políticas de Desarrollo, a diferencia de los del Financiamiento de Políticas de Inversión, suelen ser de naturaleza indirecta y puede ser que se materialicen únicamente después de un cierto tiempo.⁷⁶ En particular, las condiciones asociadas a un Préstamo para Políticas de Desarrollo permiten requerir a un gobierno que adopte políticas que afecten negativamente a los derechos económicos y sociales y que, por ende, obstaculicen el proyecto del constitucionalismo transformador.⁷⁷ Una vez formulada esta aseveración, es conveniente poner de relieve que préstamos de este tipo han sido otorgados, entre otros propósitos, para facilitar el acceso a servicios públicos como la atención médica y la educación para grupos vulnerables,⁷⁸ o para fortalecer las redes de protección social del país.⁷⁹ En este orden de ideas, los Préstamos para Políticas de Desarrollo pueden encauzarse para promover los objetivos del constitucionalismo transformador, por ejemplo, reforzando la capacidad del Estado en la implementación de políticas que fomenten la inclusión social.

Aunque cualquier Préstamo para Políticas de Desarrollo está fundamentado en un acuerdo de préstamo entre el Banco Mundial (el BIRF o la AIF) y el país prestatario, estas operaciones conllevan una serie de ejercicios de autoridad pública.⁸⁰ Esta dimensión se constata en lo relacionado con las decisiones concernientes a la adopción o no de una operación de financiamiento. Lo anterior incluye una decisión del Banco sobre si llevar o no a cabo trabajos preparativos para la operación,⁸¹ una decisión sobre si entrar

del total bruto en efectivo del año 2016 (12.068 de 22.532 millones de USD). Véase Banco Mundial, *Annual Report 2016*, *cit.*, p. 62.

⁷⁶ Véase Dann, Philipp y Riegner, Michael, *Managing Social and Environmental Risks in World Bank Development Policy Operations*, Bonn/Eschborn, Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit, 2015, p. 5.

⁷⁷ Para ejemplos relacionados sobre todo con los programas de ajuste estructural, véase Darrow, Mac, *op. cit.*, pp. 68-70; y Ghazi, Bahram, *op. cit.*, pp. 50 y 51.

⁷⁸ Véase, por ejemplo, BIRF, *Program Document for a Proposed Loan in the Amount of US\$ 400 Million to the State of Bahia...*, *cit.*, p. 31.

⁷⁹ Véase BIRF, *Program Document for a Proposed Loan in the Amount of US\$100 Million to the Republic of Panama for a First Programmatic Fiscal Management and Efficiency of Expenditures Development Policy Loan*, 21 de marzo de 2011, pp. 34 y 35.

⁸⁰ Nos ceñimos aquí al procedimiento relativo a los Préstamos para Políticas de Desarrollo. El procedimiento referente a las *Garantías* para Políticas de Desarrollo difiere del anterior en varios aspectos. Véase, por ejemplo, Banco Mundial, *Bank Procedure 8.60 on Development Policy...*, *cit.*, párrs. 2, 4, 9, 11 y 25.

⁸¹ Véase *ibidem*, párr. 2.

o no en negociaciones con el país en cuestión,⁸² así como una decisión sobre la aprobación final de la operación por el Directorio Ejecutivo o la Administración del Banco Mundial, según el caso.⁸³ Obtener el apoyo del Banco al respecto puede aumentar considerablemente el margen de maniobra de un determinado gobierno para la implementación de cierto tipo de políticas al otorgarle mayores recursos —o, por el contrario, restringir sus posibilidades al negarse a otorgarlos. Dicha situación puede generarse particularmente en relación a países con recursos escasos y con evaluaciones negativas de las agencias de calificación, los cuales tienen un acceso limitado al mercado de capitales y suelen depender especialmente de la asistencia financiera.

Tal vez aún más importante desde la perspectiva de la autoridad pública es la condicionalidad que es utilizada en el contexto de los Préstamos para Políticas de Desarrollo. Esta condicionalidad adopta dos modalidades: primero, el Banco puede solicitar acciones previas del país prestatario referidas a reformas económicas o institucionales, entre otros aspectos. La implementación de estas acciones previas es usualmente valorada por los funcionarios de la organización antes de continuar con la negociación del préstamo.⁸⁴

Segundo, se pueden formular condiciones asociadas al acuerdo de préstamo. La documentación sometida a la aprobación del préstamo suele incorporar una “Carta sobre Políticas de Desarrollo” que se requiere del país prestatario para la aprobación del programa correspondiente.⁸⁵ En este documento, el país se compromete a tomar acciones específicas a lo largo del programa.⁸⁶ Solo si los Directores Ejecutivos (o, según el caso, la Administración) del Banco aprueban el préstamo, los documentos legales correspondientes se pueden suscribir.⁸⁷ Después de la firma del acuerdo de préstamo, el Banco evalúa la implementación de las condiciones relevantes del programa y puede adoptar medidas en casos de incumplimiento.⁸⁸ Dado que los préstamos se suelen pagar por tramos, el fracaso a la hora de alcanzar los objetivos establecidos por los indicadores de rendimiento pertinentes puede conducir, entre otros aspectos, a la retención de partes del préstamo en cuestión.⁸⁹

⁸² Véase *ibidem*, párrs. 4 y 6.

⁸³ Véase *ibidem*, párrs. 7, 8 y 10.

⁸⁴ Véase *ibidem*, párrs. 4 y 5.

⁸⁵ Véase Dann, Philipp, *The Law of Development Cooperation...*, cit., pp. 423 y 424 (en inglés “Letter of Development Policy”, traducción propia).

⁸⁶ Véase Banco Mundial, *Bank Policy on Development Policy...*, cit., sección III, párr. 35.

⁸⁷ Véase Banco Mundial, *Bank Procedure 8.60 on Development Policy...*, cit., párr. 11.

⁸⁸ Véase *ibidem*, párr. 23.

⁸⁹ Véase *ibidem*, párrs. 17-19; Banco Mundial, *Bank Policy on Development Policy...*, cit., sección III, párr. 36. Las condiciones de emisión por tramo incluyen la satisfacción del Banco con: “(a) el programa que se está llevando a cabo por parte del país miembro; y (b) la ade-

El incumplimiento de las condiciones (*ex-ante* y *ex-post*) puede no solo obstaculizar el acceso a la financiación por parte del Banco y a los demás servicios accesorios, sino también traducirse en una pérdida de reputación para el país. En efecto, la falta de cumplimiento con las condiciones establecidas es entendida frecuentemente por el sector privado como una señal de que el país no es solvente.⁹⁰ En consecuencia, el país prestatario puede abstenerse de cumplir tales condiciones solo a un costo potencialmente alto. Se desprende de lo anterior que no solo la decisión sobre el contenido de las condiciones sino también los actos que evalúan la implementación y que deciden sobre la aprobación del programa o el desembolso de fondos constituyen ejercicios de autoridad pública internacional.

b. El Financiamiento para Proyectos de Inversión

El Financiamiento para Proyectos de Inversión constituye uno de los instrumentos más visibles del Banco Mundial, ya que a menudo involucra proyectos de infraestructura a gran escala, como oleoductos o represas. Este instrumento relativo a préstamos y otros tipos de financiamiento, típicamente dirigidos a gobiernos, puede ser de relevancia para el constitucionalismo transformador en varios sentidos. Por un lado, puede afectar negativamente a los derechos de las comunidades locales, en particular a grupos vulnerables como los pueblos indígenas ubicados en el área donde se pretenda desarrollar un proyecto.⁹¹ Entre otros, los Proyectos de Inversión pueden requerir reasentamientos con efectos potencialmente adversos en cuanto a la situación económica y al tejido social de las comunidades afectadas.⁹² No obstante, el financiamiento de estos proyectos también puede, dependiendo de su diseño concreto, coadyuvar en la realización de los objetivos del constitucionalismo

cuación del marco de política macroeconómica del país miembro”; Banco Mundial, *Bank Procedure 8.60 on Development Policy...*, cit., párr. 17 (traducción propia). Para mayor información, véase Dann, Philipp, *The Law of Development Cooperation...*, cit., p. 422.

⁹⁰ Véase Weaver, Catherine, *op. cit.*, p. 501.

⁹¹ Respecto a los pueblos indígenas, véase Munarriz, Gerardo J., *op. cit.* Para un detallado estudio sobre la relevancia de la consulta previa de pueblos indígenas y afrodescendientes para el constitucionalismo transformador en América Latina, véase Herrera, Juan C., *The Right of Cultural Minorities to Binding Consent: Case Study of Judicial Dialogue in the Framework of a Ius Constitutionale Commune en América Latina*, Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper núm. 2017-11, 2017, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2972026.

⁹² Véase, por ejemplo, Clark, Dana L., “The World Bank and Human Rights: The Need for Greater Accountability”, *Harvard Human Rights Journal*, vol. 15, 2002, pp. 212 y 213, con referencias adicionales.

transformador, como el de la inclusión social, por ejemplo al mejorar el suministro de energía en áreas rurales remotas o al proporcionar empleo formal para la población.

Junto a un acuerdo de préstamo con el país en cuestión,⁹³ el Banco Mundial adopta varias decisiones unilaterales que pueden ser consideradas como ejercicios de autoridad pública por parte del mismo.⁹⁴ De forma similar a los Préstamos para Políticas de Desarrollos, estos ejercicios de autoridad pública relativos a los Proyectos de Inversión se encuentran en dos aspectos principales: primero, en la cuestión alusiva a la financiación o no de un proyecto y, segundo, en las condiciones definidas para llevar a cabo tal proyecto.⁹⁵ Dichas decisiones tienen el potencial de afectar la capacidad de un país para materializar un proyecto, y paralelamente condicionan la manera en la que tal proyecto es llevado a cabo por el país prestatario.⁹⁶ Un supuesto característico de políticas del Banco que pueden condicionar la manera en que los proyectos son realizados por el país prestatario son sus políticas de salvaguarda,⁹⁷ así como sus políticas anticorrupción y antifraude.⁹⁸

Más específicamente, mediante la “decisión conceptual” que se toma al inicio del proceso, el Banco establece si se debe avanzar o no en la

⁹³ Véase Banco Mundial, *Bank Policy on Investment Project Financing*, 30 de septiembre de 2018, OPS5.03-POL.110, sección III, párrs. 18 y 19.

⁹⁴ El análisis siguiente se limita al procedimiento relativo a los préstamos y no a las garantías relacionadas con proyectos de inversión.

⁹⁵ Además de las que se describen a continuación, otras decisiones que implican ejercicios de autoridad pública conciernen la preparación de adelantos y la financiación adicional. Véase Banco Mundial, *Bank Directive on Investment Project Financing*, 30 de septiembre de 2018, OPS5.03-DIR.110, sección III, párrs. 11, 12 y 61.

⁹⁶ Nótese que los requisitos procesales en ciertas circunstancias pertinentes pueden ser desistidos. Véase Banco Mundial, *Bank Policy on Investment Project Financing...*, cit., sección V; Banco Mundial, *Bank Directive on Investment Project Financing...*, cit., sección V.

⁹⁷ Para mayor información, véase: <http://www.worldbank.org/en/programs/environmental-and-social-policies-for-projects/brief/environmental-and-social-safeguards-policies>. Desde octubre de 2018, un nuevo conjunto de políticas de salvaguarda se aplica a los Proyectos de Inversión del Banco Mundial aprobados después de su entrada en vigor. Estas nuevas políticas están disponibles en: *Bank Policy on Investment Project Financing...*, cit., sección III, párr. 9(b). Disponible en: <http://www.worldbank.org/en/programs/environmental-and-social-policies-for-projects/brief/the-environmental-and-social-framework-esf>. Véase también Dann, Philipp y Riegner, Michael, *Safeguard-Review der Weltbankgruppe. Ein neuer Goldstandard für das globale Umwelt- und Sozialrecht?*, Bonn/Eschborn, Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit, 2017.

⁹⁸ Véase en particular Banco Mundial, *Bank Directive, Guidelines on Preventing and Combating Fraud and Corruption in Projects Financed by IBRD Loans and IDA Credits and Grants (Revised as of July 1, 2016)*, 19 de julio de 2016, párrs. 3-6, 9 y 10.

preparación para el Financiamiento de Proyectos de Inversión.⁹⁹ En esta etapa también se determina la aplicabilidad de ciertas políticas de salvaguarda ambiental y social que el país prestatario debe observar al realizar el proyecto.¹⁰⁰ Después de la etapa preparatoria, la Administración del Banco puede tomar la decisión de iniciar o no negociaciones formales con el país.¹⁰¹ Finalmente, la decisión sobre la aprobación del financiamiento del proyecto de inversión es tomada por la Administración del Banco o por el Directorio Ejecutivo.¹⁰² Además, el ejercicio de la autoridad pública se extiende más allá de la aprobación del proyecto. Esto se debe a que una vez que el acuerdo legal de financiamiento entra en vigor, conforme a las disposiciones del mismo, el Banco tiene, por ejemplo, la potestad de suspender los desembolsos total o parcialmente.¹⁰³

B. Otros instrumentos

a. Los Marcos de Alianza con el País

Los Marcos de Alianza con el País (MAP) son el instrumento estratégico principal del GBM para la programación de sus actividades en los países.¹⁰⁴ Cubre un periodo de entre cuatro y seis años, y se elabora para cualquier país donde el BIRF, la AIF o un fondo fiduciario administrado por el Banco Mundial estén llevando a cabo —o proyecten llevar a cabo— actividades.¹⁰⁵ Sobre

⁹⁹ Véase Banco Mundial, *Bank Directive on Investment Project Financing...*, cit., sección III, párr. 9 (traducción propia).

¹⁰⁰ Véase *idem*.

¹⁰¹ Véase *ibidem*, párr. 17.

¹⁰² Véase *ibidem*, párrs. 28, 30 y 34.

¹⁰³ Véase Banco Mundial, *Bank Policy on Investment Project Financing...*, cit., párr. 27; Banco Mundial, *Bank Directive on Investment Project Financing...*, cit., párr. 44.

¹⁰⁴ El MAP reemplazó el anterior mecanismo de programación, denominado Estrategia de Asistencia de País. Véase Banco Mundial *et al.*, *World Bank Group: A New Approach...*, cit., en especial párr. 9. Dicho instrumento es parte integrante de un proceso más amplio. Esto implica en particular un “Diagnóstico Sistemático de País”, lo cual es la base analítica de los MAPs. Para más información, véase Grupo del Banco Mundial, *Guidance on Systematic Country Diagnostic*, 28 de septiembre de 2018, OPS5.01-GUID.109. Otros componentes son las evaluaciones que el Banco realiza durante y al final del periodo del MAP. Véase Grupo del Banco Mundial, *World Bank Group Directive on Country Engagement*, 1 de julio de 2014, OPCS 5.01-DIR.01, sección III, párrs. 10 y 11.

¹⁰⁵ Véase *ibidem*, sección III, párr. 7. Cuando la planificación por un tal periodo no es posible, se adopta una “Nota de Colaboración con el País” (traducción propia). Véase *ibidem*, sección III, párrs. 12-14.

la base de la estrategia de desarrollo del país en cuestión, los MAPs establecen varios objetivos de desarrollo que se deben alcanzar en un determinado periodo.¹⁰⁶ Asimismo, describen las intervenciones principales del GBM contempladas para implementar estos objetivos¹⁰⁷ y pueden establecer importes indicativos de los recursos financieros que estarán disponibles durante el periodo de su implementación.¹⁰⁸

Al definir la agenda del Banco Mundial en un país concreto, los MAPs pueden tener implicaciones en relación a los objetivos del constitucionalismo transformador latinoamericano. En particular, la inclusión social encuentra un abordaje directo por los MAPs. Por ejemplo, el MAP relativo a Honduras prevé, entre sus pautas, aumentar la cantidad de hogares indígenas y afrohondureños que se benefician de programas de asistencia social en el marco del pilar “Fomentar la Inclusión”.¹⁰⁹ Del mismo modo, el MAP sobre Guatemala incluye como objetivo el mayor acceso a servicios básicos, en conexión con el pilar “Promoción de la inclusión de los grupos vulnerables”.¹¹⁰

El Banco debe preparar el MAP “en estrecha consultación con el gobierno”.¹¹¹ No obstante, el Banco tiene el liderazgo y el rol principal. Todos los MAPs son elaborados por un equipo de trabajo, compuesto por el personal de la BIRF, la AIF, la CFI y la OMGI, según sea el caso, y son aprobados por las respectivas instituciones mediante una decisión unilateral.¹¹²

Al respecto, los MAPs no solo retoman las propuestas presentadas por el país en cuestión, sino que también tienen en cuenta las áreas que el GBM considera como cruciales para la realización de los objetivos de “reducir la pobreza y promover la prosperidad compartida”¹¹³ y en las que ve su propia

¹⁰⁶ Véase Grupo del Banco Mundial, *World Bank Group Guidance on Country Engagement*, 28 de septiembre de 2018, OPS5.01-GUID.110, sección III, párr. 3.

¹⁰⁷ *Ibidem*, sección III, párr. 35.

¹⁰⁸ Véase *ibidem*, sección III, párr. 45.

¹⁰⁹ AIF *et al.*, *Country Partnership Framework for the Republic of Honduras for the period FY16-FY20*, 13 de noviembre de 2015, pp. 51 y 52 (traducción propia).

¹¹⁰ BIRF *et al.*, *Marco de Alianza con el País para la República de Guatemala para el periodo 2017-2020*, 12 de octubre de 2016, p. 42.

¹¹¹ Grupo del Banco Mundial, *World Bank Group Directive on Country...*, *cit.*, sección III, párr. 15 (traducción propia).

¹¹² Véase Grupo del Banco Mundial, *World Bank Group Guidance on Country...*, *cit.*, párr. 13.

¹¹³ Véase al respecto también Grupo del Banco Mundial, *A Stronger, Connected, Solutions World Bank Group. An Overview of the World Bank Group Strategy*, Washington, 2014, en especial pp. 1-5.

ventaja comparativa.¹¹⁴ En especial para los primeros dos años del periodo de implementación, el MAP debería establecer de una forma “bien definida” las actividades que las instituciones del GBM deben llevar a cabo.¹¹⁵ Aunque las actividades mencionadas en el MAP deben ser indicativas en lugar de “restringir la flexibilidad del equipo de país para responder con diferentes instrumentos durante el periodo del MAP” “[todas] las actividades principales que puedan diseñarse durante el periodo del MAP” deben apoyar un objetivo del MAP.¹¹⁶ Estos objetivos se concretan a través de la “matriz de resultados” del MAP, que incluye indicadores para evaluar el progreso y el cumplimiento de los objetivos relevantes.¹¹⁷

En vista de lo anterior, la ambivalencia de la autoridad del Banco Mundial vuelve a manifestarse. Por un lado, la definición de objetivos e indicadores de progreso en los MAPs puede aumentar la capacidad de los Estados para implementar sus objetivos de desarrollo y para materializar la agenda del constitucionalismo transformador. Por el otro, puede ser difícil obtener el respaldo del GBM para actividades que no están previstas en el MAP correspondiente.¹¹⁸ Por consiguiente, el MAP puede impactar la agenda de desarrollo nacional, aunque de manera menos directa que en el caso de los instrumentos de financiamiento del Banco Mundial.

b. Evaluaciones de política nacional

El término “evaluación de política nacional” abriga una variada gama de instrumentos que pueden ser entendidos como instrumentos de gobernanza a través de la información.¹¹⁹ Las evaluaciones de política nacional se destacan como un tipo de instrumento de las instituciones internacionales por medio del cual se hace pública la información relacionada con las políticas y medidas adoptadas a nivel interno.

¹¹⁴ Grupo del Banco Mundial, *World Bank Group Guidance on Country...*, cit., párr. 29 (traducción propia); véase también *ibidem*, párr. 30.

¹¹⁵ Véase *ibidem*, párr. 34 (traducción propia).

¹¹⁶ *Ibidem*, párr. 36 (traducción propia).

¹¹⁷ *Ibidem*, párrs. 41 y 42 (traducción propia).

¹¹⁸ En la misma línea, pero sobre las predecesoras de los MAPs, las Estrategias de Asistencia de País, véase Dann, Philipp, *The Law of Development Cooperation...*, cit., p. 325. También *cf.* Banco Mundial, *Bank Policy on Investment Project Financing...*, cit., sección III, párr. 4.

¹¹⁹ Véase von Bogdandy, Armin y Goldmann, Matthias, “The Exercise of International Public Authority through National Policy Assessment. The OECD’s PISA Policy as a Paradigm for a New International Standard Instrument”, *International Organizations Law Review*, vol. 5, núm. 2, 2008, p. 286.

Este mecanismo implica una atribución de objetividad basada en datos empíricos.¹²⁰ Las evaluaciones de política nacional, que normalmente se manifiestan como *soft law* o instrumentos no vinculantes, se caracterizan por estar acompañadas del poder comunicativo suficiente para que los gobiernos y otros actores solo puedan llegar a ignorarlas a cierto costo.¹²¹ Las evaluaciones de política nacional pueden manifestarse, por ejemplo, como recomendaciones sobre políticas, y a la vez combinarse con monitoreo periódico.¹²² Otro tipo de evaluación consiste en clasificaciones por países respecto a una o varias cuestiones específicas relativas a políticas nacionales, las cuales incentivan a los gobiernos a revisar sus programas para mejorar su posición en los *rankings*.¹²³ En este sentido, un factor importante que contribuye a la efectividad de tales mecanismos radica en su naturaleza iterativa, que incentiva a los países a ajustar sus políticas en un periodo determinado.¹²⁴

Con respecto al Banco Mundial, destacan varios indicadores que el organismo ha desarrollado para diversos fines. A manera de ejemplo cabe mencionar la Evaluación de Políticas e Instituciones Nacionales (EPIN),¹²⁵ que mide la adecuación a ciertos criterios de las políticas de países de bajos y medianos ingresos en áreas que van desde la política tributaria y la gestión de la deuda, pasando por el comercio y materias financieras, hasta la política social y la “buena gobernanza”.¹²⁶ La EPIN puede influenciar a los gobiernos nacionales de diferentes maneras. En cuanto a países beneficiarios de la AIF, la puntuación se incorpora a una fórmula que se utiliza para establecer la cantidad de fondos que la AIF destinará por país.¹²⁷ En este orden de ideas, los indicadores de la EPIN figuran en el diseño de

¹²⁰ *Ibidem*, p. 287 (traducción propia).

¹²¹ Véase *ibidem*, p. 288.

¹²² Véase Schuler, Gefion, “«National Policy Assessment» as a Standard Form of International Organisations. The Example of the OECD Anti-Bribery Policy”, *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 72, 2012, p. 413.

¹²³ Véase von Bogdandy, Armin y Goldmann, Matthias, *op. cit.*, p. 288.

¹²⁴ Véase *idem*.

¹²⁵ Sobre los orígenes del EPIN, véase Restrepo, David, “Transnational Legal Indicators: The Missing Link in a New Era of Law and Development”, en Fortes, Pedro *et al.* (eds.), *Law and Policy in Latin America. Transforming Courts, Institutions and Rights*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2017, pp. 98 y 99.

¹²⁶ Véase, por ejemplo, Grupo de Evaluación Independiente, *The World Bank's Country Policy and Institutional Assessment. An IEG Evaluation*, Washington, Banco Mundial, 2010, pp. 4 y 5.

¹²⁷ Véase Riegner, Michael, “Governance Indicators in the Law of Development Finance: A Legal Analysis of the World Bank's «Country Policy and Institutional Assessment»”, *Journal of International Economic Law*, vol. 19, núm. 1, 2016, p. 12.

los MAPs y, por tanto, pueden tener efectos sobre los contenidos de los programas de asistencia financiera, así como de proyectos específicos.¹²⁸ Asimismo, la EPIN tiene influencia en el contenido de la asistencia técnica y el asesoramiento sobre políticas, así como sobre los inversores privados y las agencias de calificación.¹²⁹

Quizá el instrumento de evaluación de política nacional más conocido del Banco Mundial es su informe *Doing Business*. Preparado por funcionarios del Banco con base en la información provista por expertos locales, esta publicación anual clasifica el marco regulatorio en alrededor de 190 países en función de la medida en la que supuestamente favorezcan las actividades empresariales. El informe *Doing Business* abarca once áreas, que incluyen la “apertura de un negocio”, la “obtención de crédito”, el “registro de propiedades”, el “pago de impuestos” y la “regulación del mercado de trabajo”, entre otros parámetros.¹³⁰ Diversos analistas han argumentado que, al evaluar a los países sobre la base de la “flexibilidad” de su legislación en los respectivos campos, el *Doing Business* tiende a favorecer la desregulación sin una adecuada consideración de las funciones y los beneficios de la legislación en concreto¹³¹ o del contexto socioeconómico local.¹³²

El carácter problemático del *Doing Business* también se reflejó en una controversia reciente, relativa a la clasificación de Chile en dicho informe y atinente a la metodología para determinar la puntuación de un país. En una entrevista con el Wall Street Journal que recibió una gran atención, el entonces Economista Jefe del Banco Mundial, Paul Romer, criticó los cambios metodológicos del *Doing Business* por provocar impresiones equivocadas

¹²⁸ Véase *ibidem*, pp. 12 y 13.

¹²⁹ Véase *ibidem*, p. 13.

¹³⁰ Véase la versión en español del sitio web de *Doing Business*, disponible en: <http://espanol.doingbusiness.org/>. A manera de ejemplo Banco Mundial, *Doing Business 2018. Reforming to Create Jobs*, Washington, 2017, p. 2.

¹³¹ Respecto a los indicadores “apertura de un negocio” y “registro de propiedades”, véase Kern, Christoph, “Die Doing-Business-Reports der Weltbank – fragwürdige Quantifizierung rechtlicher Qualität?”, *Juristenzeitung*, vol. 64, núm. 10, 2009, pp. 502 y 503. En relación con el indicador “regulación del mercado laboral”, véase Santos, Alvaro, “Labor Flexibility, Legal Reform, and Economic Development”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 50, núm. 1, 2009, pp. 43-106, en especial pp. 73 y 74; Lee, Sangheon *et al.*, “The World Bank’s «Employing Workers» Index: Findings and Critiques – A Review of Recent Evidence”, *International Labour Review*, vol. 147, núm. 4, 2008, pp. 421-426.

¹³² Véase Faúndez, Julio, *op. cit.*, pp. 194 y 195; Santos, Alvaro, “The World Bank’s Uses...”, *cit.*, pp. 294 y 295.

y expresó la sospecha de que estaban políticamente motivados.¹³³ A partir de estos cambios, la clasificación de Chile aumentó durante el gobierno conservador de Piñera y después se redujo considerablemente durante el posterior gobierno de izquierda de Bachelet.¹³⁴ Aunque Romer declaró más adelante que no le constaba ninguna manipulación política al respecto,¹³⁵ sus declaraciones desencadenaron un intenso debate sobre la confiabilidad de la metodología del *Doing Business*, y pusieron de relieve deficiencias en términos de conflictos de interés, control de calidad y rendición de cuentas.¹³⁶

Los informes *Doing Business* se han convertido en una de las publicaciones más leídas del Banco Mundial y en un recurso clave para los responsables de la formulación de políticas nacionales, el cual ha determinado la agenda política de varios países.¹³⁷ Su influencia es particularmente palpable en países con escasez de datos disponibles sobre la regulación interna.¹³⁸ Además, estos informes sirven de base para la labor política y las condiciones de los préstamos del Banco Mundial y el FMI,¹³⁹ y por tanto pueden ejercer una fuerte influencia en países receptores de asistencia financiera de las mencionadas instituciones. Aunado a ello, los informes *Doing Business* son tomados en cuenta por empresas privadas para adoptar sus decisiones comerciales, debido a lo cual las calificaciones bajas pueden influir en la cantidad de inversión extranjera directa en los países afectados.¹⁴⁰ En suma,

¹³³ Véase Zumbun, Josh y Talley, Ian, “World Bank Unfairly Influenced Its Own Competitiveness Rankings”, *Wall Street Journal*, 12 de enero de 2018, disponible en: https://www.wsj.com/amp/articles/world-bank-unfairly-influenced-its-own-competitiveness-rankings-1515797620?twitter_impression=true.

¹³⁴ Véase *idem*.

¹³⁵ Véase Romer, Paul, *My Unclear Statements about the Doing Business Report*, 16 de enero de 2018, disponible en: <https://paulromer.net/my-unclear-comments-about-the-doing-business-report/>.

¹³⁶ Véase Riegner, Michael, “Cheating Chile. The (Il)legality of Information and the World Bank’s «Doing Business» Ranking”, *Völkerrechtsblog*, 19 de enero de 2018, disponible en: <https://voelkerrechtsblog.org/cheating-chile/>.

¹³⁷ Véase, por ejemplo, Krever, Tor, *op. cit.*, p. 315. Para un ejemplo al respecto, véase Michaels, Ralf, “Comparative Law by Numbers? Legal Origins Thesis, Doing Business Reports, and the Silence of Traditional Comparative Law”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 57, núm. 4, 2009, p. 772.

¹³⁸ *Cf.* Berg, Janine y Cazes, Sandrine, “Policymaking Gone Awry: The Labor Market Regulations of the Doing Business Indicators”, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, vol. 29, núm. 4, 2008, p. 350, acerca de la regulación laboral.

¹³⁹ Para ejemplos, véase Bakvis, Peter, “The World Bank’s Doing Business Report: A Last Fling for the Washington Consensus?”, *Transfer: European Review of Labour and Research*, vol. 15, núms. 3-4, 2009, p. 427.

¹⁴⁰ Hasta el momento, la evidencia relativa al uso de los informes *Doing Business* por parte del sector privado es escasa. Véase Michaels, Ralf, *op. cit.*, p. 772.

las evaluaciones de política nacional del Banco Mundial constituyen un mecanismo poderoso para influenciar las políticas nacionales en el ámbito económico y social, lo cual hace que sean altamente relevantes para el constitucionalismo transformador.

IV. FACILITAR EL ACERCAMIENTO DE LAS ACTIVIDADES DEL BANCO MUNDIAL AL CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR LATINOAMERICANO

En la sección III se ha proporcionado un análisis jurídico sobre cómo el Banco Mundial ejerce autoridad pública y a través de ello puede afectar la realización de los objetivos del constitucionalismo transformador latinoamericano. En esta sección, se exploran posibles pasos para disminuir la tensión entre las actividades del Banco Mundial y dichos objetivos, así como vías que permitan un acercamiento entre ambos. Si bien no se aborda en detalle cada uno de los instrumentos del Banco Mundial, sí se examinan las cuestiones transversales en cuanto a dichos instrumentos.

1. *Enmarcar y controlar la autoridad pública del Banco: consideraciones generales*

Un acercamiento de las actividades del Banco Mundial al constitucionalismo transformador latinoamericano puede ser facilitado mediante el refuerzo de mecanismos de control en el marco del derecho público relativo al Banco. Se trata de una temática que está vinculada a distintos debates jurídicos.¹⁴¹ Mientras que en algunos casos los mecanismos existentes pueden ser ampliados o reforzados, en otros casos es necesaria la creación de nuevos mecanismos. Éstos podrían adoptar diferentes formas, las cuales dependerán del

¹⁴¹ Esto incluye los debates sobre la relación entre las IFIs y los derechos humanos, sobre el derecho global administrativo y las IFIs, así como el debate general sobre cómo mejorar los mecanismos de rendición de cuentas del Banco Mundial. Véase, por ejemplo, Skogly, Sigrun, *The Human Rights Obligations of the World Bank and the International Monetary Fund*, Londres-Sydney, Cavendish, 2001; Saper, Benjamin M., “The International Finance Corporation’s Compliance Advisor Ombudsman (CAO): An Examination of Accountability and Effectiveness from a Global Administrative Law Perspective”, *New York University Journal of International Law & Politics*, vol. 44, núm. 4, 2012, pp. 1279-1329; Naudé Fourie, Andria, *The World Bank Inspection Panel and Quasi-Judicial Oversight. In Search of the “Judicial Spirit” in Public International Law*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2009; Fujita, Sanae, *The World Bank, Asian Development Bank and Human Rights. Developing Standards of Transparency, Participation and Accountability*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013.

instrumento en concreto. Sobre la base del análisis expuesto queda claro que tales mecanismos hacen falta no solo para los instrumentos de financiamiento del Banco, sino también para sus otros instrumentos de gobernanza, tanto en una dimensión sustantiva como procesal.

A. *La dimensión sustantiva*

Primeramente se plantea la pregunta de qué temas puede o debe tener en cuenta el Banco Mundial al llevar a cabo sus actividades. Esta cuestión está vinculada a la interpretación de los mandatos de sus instituciones, el BIRF y la AIF,¹⁴² cuyos convenios constitutivos enfatizan el “desarrollo” como su propósito principal.¹⁴³ Por otra parte, los convenios constitutivos de ambas instituciones contienen disposiciones concretas que prohíben interferir “en asuntos políticos de ningún miembro”,¹⁴⁴ exigencia conocida como “cláusula de prohibiciones políticas”.¹⁴⁵

Durante algún tiempo, el Banco Mundial interpretó su mandato de manera restringida, enfocándose sobre todo en el desarrollo económico.¹⁴⁶ Sin embargo, progresivamente ha adoptado una interpretación más amplia, al hacer uso de las formulaciones indeterminadas contenidas en las disposiciones de dicho mandato¹⁴⁷ para redefinir los límites de lo “económico” y lo “político”.¹⁴⁸ Hoy en día, la posición predominante en el interior del Banco Mundial es que el concepto de “desarrollo” abarca diversas áreas, tales como “desarrollo humano, educación, gobernanza e instituciones, desarrollo social e incluso temas como la inclusión, cohesión, participación, rendición de cuentas e igualdad”.¹⁴⁹

¹⁴² Véase al respecto Dann, Philipp, *The Law of Development Cooperation...*, *cit.*, pp. 183, 184 y 193.

¹⁴³ Véase artículo I del Convenio Constitutivo del BIRF; y artículo I del Convenio Constitutivo de la AIF.

¹⁴⁴ Véase artículo IV, sección 10 del Convenio Constitutivo del BIRF; y artículo V, sección 6 del Convenio Constitutivo de la AIF.

¹⁴⁵ Véase sobre esta cláusula Cissé, Hassane, “Should the Political Prohibition in Charters of International Financial Institutions Be Revisited? The Case of the World Bank”, *World Bank Legal Review*, vol. 3, 2012, pp. 59-92.

¹⁴⁶ Véase, por ejemplo, McBeth, Adam, *op. cit.*, p. 175.

¹⁴⁷ Véase al respecto también Killinger, Stefanie, *The World Bank's Non-Political Mandate*, Colonia *et al.*, Carl Heymanns Verlag, 2003, pp. 74 y 163.

¹⁴⁸ Véase desde una perspectiva crítica Pahuja, Sundhya, *op. cit.*, pp. 238 y 239.

¹⁴⁹ Leroy, Anne-Marie, *Legal Note on Bank Involvement in the Criminal Justice Sector*, 9 de febrero de 2012, párr. 10 (traducción propia). Véase también Wouters, Jan y Cogolati, Samuel,

Desde la perspectiva del constitucionalismo transformador latinoamericano la relación entre las actividades del Banco Mundial y los derechos humanos es de particular importancia y ha sido objeto de un intenso debate en las últimas décadas.¹⁵⁰ Si bien la mayoría de la literatura académica sostiene que el Banco Mundial está obligado a cumplir con al menos ciertos derechos humanos,¹⁵¹ el Banco sigue siendo reacio a reconocer formalmente que está sujeto a obligaciones internacionales en esta materia.¹⁵²

La visión del Banco acerca de los derechos humanos ha evolucionado con el tiempo.¹⁵³ Aunque no existe una opinión oficial del Directorio Ejecutivo del Banco Mundial al respecto, en una opinión jurídica preparada por el antiguo Consejero General, Roberto Dañino Zapata, se perfilan varios escenarios en los cuales los temas de derechos humanos pueden ser significativos para el Banco Mundial.¹⁵⁴ Si bien esta opinión nunca fue presentada al Directorio Ejecutivo del Banco,¹⁵⁵ algunos altos funcionarios consideran que la misma ha contribuido a dar forma a la postura del organismo sobre

“Taking Sustainable Development Goal 17 Seriously. The World Bank’s Legal Framework for Providing Global Public Goods”, *World Bank Legal Review*, vol. 7, 2016, p. 195, con referencias adicionales.

¹⁵⁰ Entre muchos otros, véase McBeth, Adam, *op. cit.*, pp. 179 y ss.; McNerny-Lankford, Siobhán, “International Financial Institutions and Human Rights: Selected Issues on Legal Obligations”, en Bradlow, Daniel D. y Hunter, David B. (eds.), *International Financial Institutions & International Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2010, pp. 239-285.

¹⁵¹ Véase Skogly, Sigrun, *The Human Rights Obligations... cit.*, en especial p. 173; Clapham, Andrew, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 151 y 152; Goldmann, Matthias, “Human Rights and Sovereign Debt Workouts”, en Bohoslavsky, Juan Pablo y Letnar Cernic, Jernej (eds.), *Making Sovereign Financing and Human Rights Work*, Oxford, Hart Publishing, 2014, pp. 92-95.

¹⁵² Véase van Genugten, Willem, *The World Bank Group, the IMF and Human Rights*, Cambridge, Intersentia, 2015, pp. 3-5. Respecto a las dinámicas internas, véase Sarfaty, Galit A., “Why Culture Matters in International Institutions: The Marginality of Human Rights at the World Bank”, *American Journal of International Law*, vol. 103, núm. 4, 2009, pp. 647-683, en especial pp. 659-667 y 673-676.

¹⁵³ Para una descripción sucinta, véase Kinley, David, “Human Rights and the World Bank: Practice, Politics, and Law”, *World Bank Legal Review*, vol. 2, 2006, pp. 361 y 362.

¹⁵⁴ Véase Zhou, Suzanne, “Reassessing the Prospects of a Human Rights Safeguard Policy at the World Bank”, *Journal of International Economic Law*, vol. 15, núm. 3, 2012, pp. 830 y 831. También su predecesor Ibrahim Shihata se había pronunciado sobre la relevancia de los derechos humanos para el Banco Mundial, aunque lo hizo de una manera más comedida. Véase, por ejemplo, Sarfaty, Galit A., *Values in Translation. Human Rights and the Culture of the World Bank*, Stanford, Stanford University Press, 2012, pp. 59, 60 y 64-66.

¹⁵⁵ Véase Sarfaty, Galit A., “Why Culture Matters...”, *cit.*, p. 666. El poder de la interpretación autorizada del Convenio Constitutivo recae en el Directorio Ejecutivo del Banco Mundial y, como último recurso, en la Junta de Gobernadores. Véase artículo IX (a) y (b) del Convenio Constitutivo del BIRF; artículo X (a) y (b) del Convenio Constitutivo de la AIF.

derechos humanos, y ha facilitado que estos se tengan en cuenta en sus operaciones.¹⁵⁶ Por otra parte, la versión más reciente de las políticas de salvaguarda del Banco, adoptada en agosto de 2016, señala que “las actividades del Banco Mundial respaldan la materialización de los derechos humanos expresados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos”,¹⁵⁷ por lo que se podría pensar que el Banco ya reconoce el concepto de los derechos humanos como un todo.¹⁵⁸

Estas políticas de salvaguarda contienen, como se mencionó anteriormente, exigencias normativas relacionadas con los derechos humanos que abarcan la protección de los pueblos indígenas¹⁵⁹ y de otras comunidades afectadas, por ejemplo acerca de cuestiones relativas a la adquisición y al uso de la tierra, así como a reasentamientos involuntarios.¹⁶⁰ Recientemente, también se han incorporado requisitos relativos a las condiciones laborales de los trabajadores involucrados en proyectos financiados por el Banco.¹⁶¹

Aceptada esta premisa cabe advertir que existen distintas limitaciones de las políticas de salvaguarda del Banco Mundial. Estas —al margen de las críticas vinculadas con el estándar de protección en varias áreas—¹⁶² no incluyen un enfoque integral en relación a los derechos hu-

¹⁵⁶ Véase Cissé, Hassane, “Should the Political Prohibition...”, *cit.*, pp. 73 y 74, con referencias adicionales.

¹⁵⁷ Véase Banco Mundial, *Marco ambiental y social. una visión para el desarrollo sostenible*, 4 de agosto de 2016, párr. 3.

¹⁵⁸ Véase en este sentido Dann, Philipp y Riegner, Michael, *Safeguard-Review der Weltbankgruppe...*, *cit.*, p. 16. Los autores señalan que antes el Banco Mundial limitaba sus declaraciones de derechos humanos a los derechos económicos y sociales, véase *idem*.

¹⁵⁹ Véase Banco Mundial, *Operational Policy 4.10 - Indigenous Peoples*, adoptada en julio de 2005, revisada en 2013. Desde octubre de 2018 un nuevo instrumento es aplicable; véase Banco Mundial, *Estándar Ambiental y Social 7: Pueblos Indígenas/Comunidades Locales Tradicionales Históricamente Desatendidas de África Subsahariana*, adoptado el 4 de agosto de 2016. Véase la página correspondiente del Banco Mundial, disponible en: <http://www.bancomundial.org/es/projects-operations/environmental-and-social-framework>.

¹⁶⁰ Véase, por ejemplo, Banco Mundial, *Operational Policy 4.12 - Involuntary Resettlement*, adoptada en diciembre de 2001, revisada en abril de 2013. Un nuevo instrumento es aplicable desde octubre de 2018; véase Banco Mundial, *Estándar Ambiental y Social 5: Adquisición de Tierras, Restricciones sobre el Uso de la Tierra y Reasentamiento Involuntario*, adoptado el 4 de agosto de 2016.

¹⁶¹ Véase Banco Mundial, *Estándar Ambiental y Social 2: Trabajo y Condiciones Laborales*, adoptado el 4 de agosto de 2016.

¹⁶² Véase, por ejemplo, Errico, Stefania, “The World Bank and Indigenous Peoples: The Operational Policy on Indigenous Peoples (O.P. 4.10.) Between Indigenous Peoples’ Rights to Traditional Lands and to Free, Prior, and Informed Consent”, *International Journal on Minority and Group Rights*, vol. 13, núm. 4, 2006, pp. 367-390, con referencias adicionales; Ebert, Franz Christian, “Labour Standards and the World Bank. Analysing the Potential of Safeguard Po-

manos.¹⁶³ Asimismo, el ámbito de aplicación de dichas políticas está sometido a restricciones. En particular, las nuevas políticas de salvaguarda del Banco permiten en ciertos casos un desplazamiento de responsabilidad del Banco al prestatario en relación a las cuestiones sociales y ambientales, ya que la normativa del Banco puede, según determinados criterios, ser reemplazada por el propio marco legal y administrativo del país prestatario.¹⁶⁴

Por otra parte, el alcance de estos instrumentos está limitado al Financiamiento de Proyectos de Inversión del Banco Mundial y la organización no cuenta con tales políticas para sus otros instrumentos.¹⁶⁵ Sin embargo, el hecho de que estos constituyan ejercicios de autoridad pública conlleva, desde una perspectiva de derecho público, la necesidad de asegurar su conformidad con los estándares de derechos humanos. Es por ello que se pueden argüir razones de peso para someter estos instrumentos a políticas similares en función de los problemas que pueden entrañar para los derechos humanos.

B. *La dimensión procesal*

Los principios esenciales a nivel procesal que debería tener en cuenta el Banco Mundial son, entre otros, la transparencia, la participación y la revisión.¹⁶⁶ La transparencia se ha considerado un precepto clave para la rendición de cuentas de las instituciones internacionales y otros actores globales.¹⁶⁷ En la actualidad, el Banco ha adoptado una política específica en la

licies for Protecting Workers”, en Gött, Henner (ed.), *Labour Standards in International Economic Law*, Cham, Springer, 2018, pp. 284-288. Para un análisis matizado de los nuevos estándares en materia de pueblos indígenas, véase Azzarello, Severa, “The World Bank’s Environmental and Social Standard on Indigenous Peoples: A Case Study on Global Governance”, *Verfassung und Recht in Übersee*, vol. 50, núm. 2, 2017, pp. 135-155.

¹⁶³ Véase para una crítica contundente Asamblea General de las Naciones Unidas, *Informe del relator especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos*, A/70/274, 4 de agosto de 2015, párr. 68.

¹⁶⁴ Véase al respecto Dann, Philipp y Riegner, Michael, *Safeguard-Review der Weltbankgruppe...*, cit., pp. 15 y 16; Ebert, Franz Christian, *op. cit.*, pp. 297 y 298.

¹⁶⁵ Para algunas de estas actividades se prevén evaluaciones de impacto social; véase la sección IV.1B.

¹⁶⁶ A manera de ejemplo, véase Kingsbury, Benedict *et al.*, *op. cit.*, pp. 37-40. Sobre la importancia de los principios procedimentales en el campo internacional, véase también Ulfstein, Geir, “Institutions and Competences”, en Klabbers, Jan *et al.*, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 62 y 63.

¹⁶⁷ Véase Hale, Thomas N. y Slaughter, Anne-Marie, “Transparency: Possibilities and Limitations”, *Fletcher Forum of World Affairs*, vol. 30, núm. 1, 2006, p. 154.

materia.¹⁶⁸ Junto a la regulación del principio de publicidad sobre cualquier documento, salvo disposición específica en contrario, la política contiene normas detalladas en cuanto al acceso a los documentos.¹⁶⁹ Adicionalmente, se ha establecido un recurso contra las decisiones negativas del Banco en materia de acceso a la información, primero ante un comité competente al efecto y luego ante una junta de apelaciones compuesta por expertos externos.¹⁷⁰

Del mismo modo se han integrado elementos participativos en algunos de los procedimientos del Banco Mundial.¹⁷¹ Por ejemplo, las políticas internas con respecto a las actividades de Préstamos para Proyectos de Inversión prevén consultas con los principales interesados sobre los impactos ambientales y sociales correspondientes en el periodo previo a un proyecto.¹⁷² Además, en los Marcos de Alianza con el País se exigen consultas con representantes de la sociedad civil, empresas y otros actores.¹⁷³ Por el contrario, en el Financiamiento para Políticas de Desarrollo, las consultas principalmente se llevan a cabo en la medida en que esté previsto en la legislación nacional,¹⁷⁴ mientras que no parece que existan requisitos formales de participación para las evaluaciones de políticas nacionales como el EPIN.¹⁷⁵ No obstante, dado que estas implican un ejercicio de autoridad pública, a menudo con efectos

¹⁶⁸ Véase Banco Mundial, *Bank Policy on Access to Information*, EXC4.01-POL.01 del 1 de julio de 2015. Para un análisis detallado de la anterior política de acceso a la información del Banco, véase Gartner, David, “Uncovering Bretton Woods: Conditional Transparency, the World Bank, and the International Monetary Fund”, *George Washington International Law Review*, vol. 45, núm. 1, 2013, pp. 121-148, especialmente pp. 127-137.

¹⁶⁹ Véase Banco Mundial, *Bank Policy on Access to Information*..., *cit.*, sección III B, párrs. 1-6.

¹⁷⁰ Véase *ibidem*, sección III, párr. 8. Para mayor información véase Dann, Philipp, *The Law of Development Cooperation*..., *cit.*, pp. 458 y 459; Dann, Philipp, “Der Zugang zu Dokumenten im Recht der Weltbank. Kosmopolitische Tendenzen im Internationalen Verwaltungsrecht?”, *Die Verwaltung*, vol. 44, núm. 3, 2011, pp. 313-325.

¹⁷¹ Véase Hunter, David, “International Law and Public Participation in Policy-Making at the International Financial Institutions”, en Bradlow, Daniel D. y Hunter, David B. (eds.), *International Financial Institutions & International Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2010, pp. 199-238.

¹⁷² Véase, por ejemplo, Banco Mundial, *Política ambiental y social del Banco Mundial para el financiamiento de proyectos de inversión*, adoptada el 4 de agosto de 2016, párrs. 53-55; y análisis adicional en López-Jacoiste Díaz, Eugenia, *El Banco Mundial*..., *cit.*, pp. 303-306.

¹⁷³ Véase Grupo del Banco Mundial, *World Bank Group Guidance on Country*..., *cit.*, párrs. 17-20.

¹⁷⁴ Véase Banco Mundial, *Bank Policy on Development Policy*..., *cit.*, sección III, párr. 9; y más en detalle Riegner, Michael, *Informationsverwaltungsrecht internationaler Institutionen. Dargestellt am Entwicklungsverwaltungsrecht der Weltbank und Vereinten Nationen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, pp. 343 y 344.

¹⁷⁵ Véase Riegner, Michael, “Governance Indicators in the Law...”, *cit.*, pp. 14 y 15.

sociales tangibles en los países afectados, se considera fundamental establecer mecanismos de participación también para estos instrumentos.¹⁷⁶

Desde la perspectiva del enfoque de derecho público resulta de particular interés que el Banco Mundial cuente con sólidos mecanismos de revisión para sus actividades. Efectivamente, el Banco ha creado un mecanismo interno de rendición de cuentas cuasi-judicial con relativa autonomía,¹⁷⁷ denominado Panel de Inspección, por medio del cual las comunidades locales, pueblos indígenas y otros actores pueden alegar el incumplimiento de las propias políticas de la organización.¹⁷⁸ Sin embargo, los efectos de dicho mecanismo en el abordaje de los problemas en los casos concretos han sido considerados insuficientes, y algunas de sus características jurídicas posiblemente obstaculizan su efectividad, así como su accesibilidad para potenciales querellantes.¹⁷⁹ Entre las limitaciones que convendría abordar desde un enfoque de derecho público destaca la falta de capacidad para emitir decisiones vinculantes y para determinar reparaciones, así como varias deficiencias en el seguimiento de los casos.¹⁸⁰

Una limitación adicional del Panel de Inspección concierne a su alcance. Las competencias del Panel de Inspección dependen en gran medida del alcance de las políticas del Banco Mundial, en particular de sus políticas

¹⁷⁶ Para reflexiones sobre el tema, véase van Genugten, Willem, *op. cit.*, pp. 50 y 51.

¹⁷⁷ El Panel de Inspección es independiente de la Administración del Banco Mundial y responde directamente ante el Directorio Ejecutivo del Banco; véase Bradlow, Daniel, “Private Complainants and International Organizations: A Comparative Study of the Independent Inspection Mechanisms in International Financial Institutions”, *Georgetown Journal of International Law*, vol. 36, núm. 2, 2005, p. 412. Para una evaluación al respecto véase Lagerwall, Anne, “Le Panel d’inspection jouit-il de l’indépendance nécessaire pour contrôler les agissements de la Banque Mondiale?”, *Revue Belge de Droit International*, vol. 43, núm. 2, 2010, pp. 389-422.

¹⁷⁸ Véase respectivamente BIRF y IAF, *Resolución núm. BIRF 93-10 y Resolución núm. AIF 93-6 “The World Bank Inspection Panel”*, 22 de septiembre de 1993, así como Banco Mundial, *The Inspection Panel at the World Bank. Operating Procedures*, abril de 2014.

¹⁷⁹ Para una crítica detallada véase, por ejemplo, Nanwani, Suresh, “Holding Multilateral Development Banks to Account: Gateways and Barriers”, *International Community Law Review*, vol. 10, núm. 2, 2008, pp. 210-221.

¹⁸⁰ Para una evaluación sobre estos (y otros) aspectos, véase Orakhelashvili, Alexander, “The World Bank Inspection Panel in Context. Institutional Aspects of the Accountability of International Organizations”, *International Organizations Law Review*, vol. 2, núm. 1, 2005, pp. 57-102, especialmente pp. 100-102; López-Jacoiste, Eugenia, “El control cuasi-jurisdiccional del Panel de Inspección del Banco Mundial”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 29, 2013, pp. 111-164, en especial pp. 161 y 162; Lukas, Karin, “The Inspection Panel of the World Bank: An Effective Extrajudicial Complaint Mechanism?”, *World Bank Legal Review*, vol. 6, 2015, pp. 531-544, en especial p. 544.

de salvaguarda.¹⁸¹ Por ejemplo, en la práctica es difícil plantear ante el Panel problemas relacionados con Préstamos para Políticas de Desarrollo.¹⁸² Principalmente, el escrutinio para otros instrumentos, como el *Doing Business* y semejantes Evaluaciones de Políticas Nacionales, consiste solo en la supervisión política general del Directorio Ejecutivo del Banco,¹⁸³ así como en las ocasionales evaluaciones del Grupo de Evaluación Independiente.¹⁸⁴ Este tipo de control, en la práctica, suele ser bastante restringido. Por lo tanto, y dado que dichas actividades también implican un ejercicio de autoridad pública con posibles vulneraciones de los derechos humanos —además de otros principios y objetivos relevantes para el constitucionalismo transformador—, resulta necesario fortalecer el marco institucional en este aspecto.

Otra dimensión procesal importante se refiere a los mecanismos de prevención de impactos adversos. Por ejemplo, las nuevas políticas de salvaguarda del Banco Mundial prevén que el prestatario realice una “evaluación social y ambiental” para proyectos de préstamos de inversión.¹⁸⁵ Asimismo, el Banco debe llevar a cabo “la debida diligencia en materia ambiental y social” respecto a “todos los proyectos propuestos para los que se solicita apoyo mediante financiamiento para proyectos de inversión”.¹⁸⁶ Estas evaluaciones son esenciales para determinar los efectos problemáticos de los proyectos previstos en aspectos relativos a los derechos humanos, entre otros. Dicho esto, el marco existente ha sido criticado, entre otras razones, debido a la excesiva confianza otorgada a las auto-evaluaciones de los países prestatarios y por el considerable grado de discrecionalidad de los empleados del Banco en

¹⁸¹ Véase también van Genugten, Willem, *op. cit.*, p. 46.

¹⁸² Véase Dann, Philipp y Riegner, Michael, *Managing Social and Environmental Risk...*, *cit.*, p. 6.

¹⁸³ Véase Dann, Philipp, *The Law of Development Cooperation...*, *cit.*, pp. 456-458.

¹⁸⁴ Se trata de evaluaciones generales de las políticas del Banco, pero que no revisan su aplicación en casos específicos. Véase para mayor detalle López-Jacoiste Díaz, Eugenia, *op. cit.*, pp. 314 y 315 así como Dann, Philipp, “Accountability in Development Aid Law: The World Bank, UNDP and Emerging Structures of Transnational Oversight”, *Archiv des Völkerrechts*, vol. 44, núm. 4, 2006, p. 392.

¹⁸⁵ Las características de esta evaluación dependen de los riesgos y potenciales impactos del proyecto en cuestión; véase Banco Mundial, *Estándar Ambiental y Social 1: Evaluación y Gestión de Riesgos e Impactos Ambientales y Sociales*, adoptado el 4 de agosto de 2016, párrs. 23-29. Reglas específicas se aplican, en particular, a proyectos que involucran varios subproyectos y proyectos que implican intermediarios financieros; véase Banco Mundial, *Política Ambiental y Social...*, *cit.*, párrs. 36-45.

¹⁸⁶ Véase Banco Mundial, *Política Ambiental y Social...*, *cit.*, párr. 30. De acuerdo con esta normativa, la debida diligencia “se adecuará a la naturaleza y la escala del proyecto, y será proporcional al nivel de riesgos e impactos ambientales y sociales”, *ibidem*, párr. 31.

este ámbito.¹⁸⁷ Queda por ver si las nuevas políticas de salvaguarda acabarán resultando efectivas.

De igual modo, se prevén Análisis del Impacto Social y en la Pobreza (AISP) de los Préstamos para Políticas de Desarrollo.¹⁸⁸ Su objetivo es la identificación de los efectos sociales negativos de las políticas contempladas en el contexto de las operaciones de financiamiento para el desarrollo, principalmente sobre los grupos desfavorecidos y vulnerables. De esta manera, los mencionados efectos pueden ser abordados antes o durante la ejecución de la operación.¹⁸⁹ Si bien estos exámenes representan un avance, también se encuentran sujetos a varias limitaciones. Por ejemplo, los criterios contenidos en los instrumentos relevantes del Banco Mundial sobre cuándo este tipo de AISPs debería ser ejecutado han sido objeto de críticas debido a su carácter impreciso.¹⁹⁰ Asimismo, incluso en el caso de políticas en relación a las cuales el Banco identificó probables efectos adversos, no siempre han sido realizadas las evaluaciones correspondientes.¹⁹¹ Además, el marco jurídico del Banco no ofrece exactitud con respecto a las medidas que deben ser tomadas por su personal para corregir cualquier efecto desfavorable identificado, y por lo tanto no puede asegurar que el resultado del análisis tenga verdadera influencia en las operaciones del Banco.¹⁹²

Aparte de abordar las deficiencias en los mecanismos de evaluación de impacto existentes,¹⁹³ parecería trascendente implementar Evaluaciones de Impacto en Derechos Humanos (EIDH), que han sido propugnadas por parte de académicos y representantes de la sociedad civil.¹⁹⁴ Estas po-

¹⁸⁷ Véase sobre estos aspectos Ebert, Franz Christian, *op. cit.*, pp. 289 y 290 con referencias adicionales.

¹⁸⁸ Véase Banco Mundial, *Bank Policy on Development Policy...*, *cit.*, sección III, párr. 13.

¹⁸⁹ Véase al respecto Banco Mundial, *Good Practice Note: Using Poverty and Social Impact Analysis to Support Development Policy Operations*, agosto de 2008.

¹⁹⁰ Véase Dann, Philipp y Riegner, Michael, *Managing Social and Environmental Risk...*, *cit.*, p. 10. Véase al respecto Banco Mundial, *Bank Policy on Development Policy...*, *cit.*, sección III, párr. 13.

¹⁹¹ Véase Banco Mundial, *2015 Development Policy Financing Retrospective: Results and Sustainability*, 2015, pp. 38 y 40.

¹⁹² Véase al respecto Dann, Philipp y Riegner, Michael, *Managing Social and Environmental Risk...*, *cit.*, p. 12.

¹⁹³ En cuanto a propuestas específicas relacionadas con evaluaciones del Financiamiento para Políticas de Desarrollo del Banco, véase *ibidem*, pp. 16 y 17.

¹⁹⁴ A manera de ejemplo, véase Skogly, Sigrun, "The Human Rights Obligations of the World Bank and the IMF", en van Genugten, Willem *et al.* (eds.), *World Bank, IMF and Human Rights*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2003, pp. 61 y 62, y Human Rights Watch, *Abuse-Free Development. How the World Bank Should Safeguard against Human Rights*, 2013, pp. 54-57.

drían facilitar que el Banco sistemáticamente tuviese en cuenta aspectos relativos a los derechos humanos en la aplicación de sus instrumentos, lo que coadyuvaría a la atenuación de las tensiones con el constitucionalismo transformador en América Latina. Ahora bien, para que estas EIDH puedan lograr mayor efectividad, se requiere una metodología sólida que comprenda elementos cuantitativos y cualitativos, así como la participación de las partes interesadas y de los afectados por el instrumento en cuestión.¹⁹⁵ Además, este instrumento necesitaría contar con un marco procesal e institucional apropiado para garantizar la independencia y la disponibilidad de los recursos adecuados para el organismo a cargo de la EIDH, así como una labor de seguimiento acorde con los resultados de la evaluación.¹⁹⁶

2. *Un estándar de legitimidad contextualizado para los actos del Banco Mundial en América Latina*

En esta sección se exploran caminos a través de los que el Banco Mundial puede tomar en consideración preocupaciones específicas relacionadas con el constitucionalismo transformador latinoamericano. La idea no es que para América Latina la normativa del Banco debiera ser diferente a la que rige para otras regiones. Más bien, lo que se pretende es enmarcar la aplicación de dicho marco jurídico a la luz del contexto jurídico y de los desafíos socioeconómicos concretos de la región.

A. Contextualización del enfoque del Banco Mundial a los derechos humanos

En comparación con otras regiones, una de las principales características del constitucionalismo transformador latinoamericano es su amplio componente de derecho internacional, fundamentado en particular en la Convención

¹⁹⁵ Para reflexiones sobre el tema véase Harrison, James, “Establishing a Meaningful Human Rights Due Diligence Process for Corporations: Learning from Experience of Human Rights Impact Assessment”, *Impact Assessment and Project Appraisal*, vol. 31, núm. 2, 2013, pp. 107-117.

¹⁹⁶ Véase, por ejemplo, van Genugten, Willem, *op. cit.*, pp. 44 y 45, así como los elementos elaborados en el *Informe del experto independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales*, A/HRC/34/57, 27 de diciembre de 2016, párr. 59.

Americana sobre Derechos Humanos.¹⁹⁷ A esto se le debe añadir la normativa constitucional nacional que, mayoritariamente, contiene cláusulas de apertura hacia los tratados internacionales de derechos humanos.¹⁹⁸ Sobre esta base se configura un *bloque de constitucionalidad* mediante el cual el derecho nacional y el derecho internacional en materia de derechos humanos se refuerzan mutuamente.¹⁹⁹

La situación específica de América Latina muestra que parecería razonable realizar una interpretación contextualizada del régimen jurídico del Banco Mundial, en la que se tenga en cuenta no sólo los estándares globales de derechos humanos sino también los estándares regionales, tal y como han sido interpretados por parte de las instituciones del sistema interamericano. Los instrumentos regionales en materia de derechos humanos reflejan un consenso sobre un conjunto de estándares comunes que se deben respetar dentro de la región, generalmente vinculados a los desafíos históricos concretos que han enfrentado los países en dicha área geográfica.²⁰⁰ Por ello, las normas regionales de derechos humanos —así como otros instrumentos análogos a escala global— deberían ser consideradas como un estándar al cual el Banco y las otras IFIs deberían prestar especial atención, en particular a la hora de diseñar su apoyo financiero a grandes proyectos y las condicionalidades de sus préstamos. Un área ilustrativa son los derechos de los pueblos indígenas, que han sido concretados por la jurisprudencia de la Corte IDH, destacando, entre otros aspectos, el concepto de propiedad colectiva y su derecho a una “vida digna”.²⁰¹

¹⁹⁷ Véase al respecto Soley, Ximena, “The Transformative Dimension of Inter-American Jurisprudence”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 337-355.

¹⁹⁸ Véase Morales Antoniazzi, Mariela, “El Estado abierto y el cambio de paradigma de la soberanía: Objetivo y desafío del *Ius Constitutionale Commune*”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (eds.), *Ius Constitutionale Commune en derechos humanos en América Latina*, México, Porrúa, 2013, pp. 65-144.

¹⁹⁹ Véase Góngora Mera, Manuel Eduardo, “La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *Ius Constitutionale Commune Latinoamericano*”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (eds.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pp. 301-327.

²⁰⁰ Véase también Shelton, Dinah, “The Promise of Regional Human Rights Systems”, en Weston, Burns H. y Marks, Stephen P. (eds.), *The Future of International Human Rights*, Ardsley, Transnational Publishers, 1999, p. 356.

²⁰¹ Véase, por ejemplo, Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214; Corte IDH,

Este tipo de enfoque regional sobre los derechos humanos tendría la ventaja de disminuir el riesgo de que al realizar actividades en América Latina, el Banco Mundial imponga una visión de los derechos humanos que no esté en consonancia con los estándares y los discursos que han sido desarrollados en la región. En este sentido, tal enfoque regional sería menos vulnerable al peligro señalado por varios autores de que el Banco Mundial tienda a apropiarse del discurso de los derechos humanos de una manera que debilite su elemento progresista y los sujete a una lógica de mercado.²⁰² Se trataría de un enfoque contextualizado con los discursos influyentes y las prácticas en la región, teniendo en cuenta en particular la jurisprudencia de los órganos interamericanos de derechos humanos. La siguiente sección se destina justamente a presentar algunas reflexiones sobre cómo un enfoque de este tipo podría ser incorporado en el marco jurídico de los instrumentos anteriormente mencionados del Banco Mundial.

B. *Pasos concretos rumbo al acercamiento*

Junto a las medidas generales anteriormente mencionadas, varios pasos concretos pueden ser considerados para facilitar que las actividades del Banco Mundial apoyen los objetivos y principios del constitucionalismo transformador latinoamericano. A tal fin, dichos objetivos y principios deberían ser tomados en consideración de forma sistemática en los mecanismos ya analizados previamente. De allí la importancia de prestar especial atención a los instrumentos y las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos. En primer lugar, el personal del Banco Mundial podría tener en cuenta para sus operaciones en la región los instrumentos y decisiones de la Corte y la Comisión Interamericanas. Además, los funcionarios del Banco Mundial también podrían asistir a las audiencias, tanto generales como relativas a casos concretos, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuando se discutan asuntos relevantes para sus actividades.²⁰³ Adicionalmente, los

Caso Pueblos Kalina y Lokono v. Surinam, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2015, Serie C No. 309.

²⁰² Véase, por ejemplo, Anghie, Antony, "Time Present and Time Past: Globalization, International Financial Institutions, and the Third World", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 32, núm. 2, 2000, pp. 243-290, en especial p. 254; Wills, Joe, "The World Turned Upside Down? Neoliberalism, Socioeconomic Rights, and Hegemony", *Leiden Journal of International Law*, vol. 27, núm. 1, 2014, pp. 19 y 28-30.

²⁰³ Estas audiencias normalmente son públicas y pueden ser convocadas por la Comisión "por iniciativa propia o a solicitud de parte interesada". Artículo 61 del Reglamento de

Estados podrían consultar con la Comisión Interamericana si algunas operaciones o políticas del Banco Mundial relevantes para el país en cuestión pudieran entrar en conflicto con los estándares regionales.²⁰⁴

La orientación de las instituciones interamericanas, entre otros, podría ser tomada en consideración para los análisis del Panel de Inspección del Banco, lo cual sería posible conforme al ordenamiento jurídico de dicho organismo.²⁰⁵ Igualmente cabe destacar que existen otras disposiciones en la normativa del Banco que pueden servir como puertas de entrada a las consideraciones relacionadas con el constitucionalismo transformador latinoamericano. Un ejemplo se pone en evidencia dentro de las salvaguardas relativas al Financiamiento para Proyectos de Inversión. Dichas salvaguardas también requieren que “en la evaluación ambiental y social” que debe realizar el prestatario “se tengan en cuenta [entre otros aspectos] las leyes y regulaciones nacionales”.²⁰⁶ Con esta expresión se puede entender que incluye el derecho constitucional y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el país. Por esta vía, el acervo normativo del constitucionalismo transformador latinoamericano puede tener relevancia para la mencionada evaluación ambiental y social realizada por el prestatario, así como para la debida diligencia del Banco relativa a las operaciones en concreto.²⁰⁷

De forma similar, los objetivos del constitucionalismo transformador latinoamericano deberían ser consideradas en lo concerniente a la realización de los AISPs. Mientras que cuestiones tales como la inclusión social han jugado un papel significativo en los AISPs, la metodología de éstos, como se destacó anteriormente, se ha mantenido imprecisa y en gran parte dejada a la discreción del personal del Banco.²⁰⁸ Por lo tanto, hay un amplio margen para tomar sistemáticamente en consideración los asuntos relativos al constitucionalismo transformador, enfatizando las preocupaciones que

la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; véase también el artículo 68 del mismo instrumento.

²⁰⁴ Esto se llevaría a cabo de acuerdo al artículo 41 e) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. No tenemos conocimiento de su puesta en marcha por algún Estado.

²⁰⁵ Véase Banco Mundial, *The Inspection Panel at the World Bank...*, *cit.*, párrs. 42 (a) y (b), 54 (d).

²⁰⁶ Banco Mundial, *Estándar Ambiental y Social 1...*, *cit.*, párr. 26. Véase también, en este sentido, *ibidem*, párr. 37 (nota al pie 37).

²⁰⁷ *Cfr.* también Banco Mundial, *Política Ambiental y Social...*, *cit.*, párrs. 7 y 15.

²⁰⁸ Véase la sección IV.1.B de este capítulo con referencias adicionales.

son especialmente importantes para la región, tales como los aspectos socioeconómicos de los derechos humanos.²⁰⁹

Más allá de esta aseveración es posible vislumbrar varios puntos de coincidencia entre el constitucionalismo transformador y la agenda de desarrollo del Banco Mundial. En función de la existencia de la necesaria voluntad política por parte de los respectivos responsables, el Banco Mundial podría —de acuerdo a la interpretación actual de su mandato— apoyar de manera sistemática al constitucionalismo transformador.²¹⁰

Entre otros aspectos, el Banco podría crear un programa de financiación que se centre en facilitar la implementación de decisiones tanto de las cortes nacionales como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ocasionalmente en el pasado ya el Banco Mundial ha otorgado préstamos para apoyar la puesta en práctica de decisiones judiciales en la región, como ocurrió con la financiación de las complejas labores de saneamiento de la cuenca del Río Matanza-Riachuelo, que habían sido ordenadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. De esta manera, el Banco respaldó el papel de la Corte en relación a otros actores nacionales involucrados.²¹¹

Este tipo de precedentes podría sustentar un enfoque más sistemático por parte del Banco con un programa específico, como sería atender la constelación de aquellos casos de incumplimiento de sentencias que no tienen su origen primeramente en la voluntad política, sino que están

²⁰⁹ Esto es incluso más relevante desde que la Corte IDH, en decisiones recientes, reinterpretó la base jurídica para la presentación de casos que impliquen derechos socioeconómicos, véase Corte IDH, *Caso Lagos del Campo v. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2017, Serie C No. 340; Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros v. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2017, Serie C No. 344. Asimismo, una opinión consultiva reciente en la que la Corte reconoció, entre otros, un derecho autónomo a un ambiente saludable y reiteró el deber del Estado de prevenir daños al medio ambiente puede tener repercusiones para las operaciones del Banco en la región. Véase Corte IDH, *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, Serie A No. 23.

²¹⁰ Véase el análisis del mandato del Banco en la sección IV.1.A de este capítulo con referencias adicionales.

²¹¹ Véase Urueña, René, “Courts and Regulatory Governance in Latin America. Improving Delivery in Development by Managing Institutional Interplay”, *World Bank Legal Review*, vol. 6, 2015, pp. 350-352, así como de Moerloose, Stéphanie, “The World Bank’s Sustainable Development Approach and the Need for a Unified Field of Law and Development Studies in Argentina”, *Law and Development Review*, vol. 8, núm. 2, 2015, pp. 361-388, en especial pp. 369-371.

relacionados con la capacidad económica del Estado para cumplir.²¹² En este tipo de casos, los fondos aportados por el Banco Mundial podrían servir de contraargumento para aquellos que se oponen al constitucionalismo transformador precisamente con el argumento de que las órdenes judiciales de índole transformadora son demasiado onerosas y sobrepasan los límites de los presupuestos nacionales.²¹³

Otra modalidad en la cual el Banco Mundial podría fomentar los objetivos anteriormente descritos sería participando metódicamente en la financiación y el desarrollo de programas que mejoren las capacidades de los actores clave del constitucionalismo transformador latinoamericano. A tal efecto, uno de los ámbitos relevantes lo constituiría la capacitación de los jueces y administradores judiciales en temas tales como el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad.²¹⁴

V. CONCLUSIÓN

El presente capítulo ha analizado la relación entre el constitucionalismo transformador, según el enfoque del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina, y las actividades del Banco Mundial. Tradicionalmente, esta relación se ha considerado tensa e incluso antagonica. Sin embargo, algunos cambios en el discurso y las operaciones del Banco Mundial han atenuado en cierta me-

²¹² Para ejemplos de sentencias que requieren asignaciones presupuestarias significativas, véanse respecto a la Corte Constitucional de Colombia las Sentencias T-025/04 y T-760/08 (relativas al derecho a la salud y a desplazamientos forzados, respectivamente), en Cepeda, Manuel José y Landau, David, *Colombian Constitutional Law. Leading Cases*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 172-190. En relación con la Corte Interamericana véanse, por ejemplo, las sentencias Corte IDH, *Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*, Reparaciones, Sentencia de 19 de noviembre 2004, Serie C No. 116 y Corte IDH, *Masacres de Río Negro v. Guatemala*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 4 de septiembre de 2012, Serie C No. 250, de acuerdo a las cuales el Estado debe establecer una serie de servicios básicos en varias comunidades. En relación a tales programas, sería importante asegurar que no agraven la situación de deuda de los países en cuestión.

²¹³ Véase, por ejemplo, Clavijo, Sergio, “Fallos y fallas económicas de las altas cortes: El caso de Colombia 1991-2000”, *Revista de Derecho Público*, núm. 12, enero-junio de 2001, pp. 27-66.

²¹⁴ Al respecto, es interesante observar que el Banco Interamericano de Desarrollo ha prestado apoyo financiero a talleres sobre temas de derechos humanos realizados por instituciones del sistema interamericano de derechos humanos; véase Biebesheimer, Christina, “The Impact of Human Rights Principles on Justice Reform in the Inter-American Development Bank”, en Alston, Philip y Robinson, Mary (eds.), *Human Rights and Development. Towards Mutual Reinforcement*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 289.

dida esa tensión. Ello apunta hacia la posibilidad de un acercamiento de las actividades del Banco Mundial a los objetivos del constitucionalismo transformador, aunque todavía persisten varios problemas. Desde un enfoque de derecho público, este capítulo ha examinado los instrumentos a través de los que el Banco Mundial ejerce autoridad pública y los problemas de legitimidad que surgen al respecto. Sobre esta base, se han explorado propuestas en torno a la mejora del régimen jurídico del Banco Mundial con la finalidad de propiciar dicha aproximación. Tal y como lo muestra la presente investigación, ello no requiere un comienzo totalmente nuevo para el Banco Mundial, sino avanzar por un camino en el que ya se han dado los primeros pasos.

Es evidente que la integración de las preocupaciones del constitucionalismo transformador latinoamericano en las actividades del Banco Mundial no se puede alcanzar sin una considerable voluntad política por parte del Banco, junto a la presión de los actores de la sociedad civil.²¹⁵ En tal virtud, el escrutinio externo seguirá siendo de vital importancia para llevar a cabo cambios progresivos con respecto a los instrumentos del Banco. Su significado se incrementa debido a la creciente competencia a la que se ve enfrentado el Banco por parte del sector privado y de otros actores, lo cual acentúa la presión sobre el Banco para aumentar la fluidez de sus operaciones de préstamo y puede reducir su disposición a contemplar complejas salvaguardas sociales y ambientales.²¹⁶

También resulta evidente que el enfoque enunciado no pretende ofrecer una panacea para resolver todos los problemas de las actividades del Banco Mundial en América Latina. Por ejemplo, son necesarias reformas más amplias del marco institucional del Banco Mundial para abordar los déficits de representatividad que todavía persisten en la gobernanza interna del mismo, así como la reformulación de la estructura de incentivos internos para los funcionarios de dicha institución.²¹⁷ A pesar de ello, los posibles caminos que se han esbozado en este capítulo servirían para mitigar las fricciones de las actividades del Banco Mundial con el constitucionalismo transformador latinoamericano y para facilitar distintas sinergias. Consecuentemente, se daría un impulso al constitucionalismo transformador en América Latina y, a la vez, se aumentaría la legitimidad de las actividades del Banco Mundial en la región.

²¹⁵ Esto también es sugerido por experiencias anteriores relacionadas con el cambio de políticas dentro del Banco; véase, por ejemplo, Vetterlein, Antje, “Economic Growth, Poverty Reduction...”, *cit.*, en especial p. 529.

²¹⁶ Véase Weaver, Catherine, *op. cit.*, p. 502.

²¹⁷ Véase al respecto Woods, Ngaire, *op. cit.*, pp. 208-213.

EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS. LECTURAS A LA LUZ DEL *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE*

Judith SCHÖNSTEINER*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El Marco sobre Empresas y Derechos Humanos en las Naciones Unidas y en Latinoamérica.* III. *Conceptos, convergencias y tensiones: “empresas y derechos humanos” y el ICCAL.* IV. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

El impacto que el sistema económico internacional —y con él, el derecho económico internacional (DEI)— genera en el goce de los derechos humanos ha sido descrito en contribuciones de toda índole dentro del debate académico y político.¹ También empezó a tratarse en el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, especialmente a partir de 2005, cuando se encargó a John Ruggie el desarrollo de estándares para las empresas en materia de derechos humanos. Su trabajo resultó en la adopción, en 2011, de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos (“Principios Rectores”) por parte del Consejo de Derechos Humanos. Múltiples iniciativas se han acoplado a ese proceso, por ejemplo las Directrices de

* Profesora asociada, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile. Doctora en Derecho. Contacto: Judith.schonsteiner@udp.cl. Algunos argumentos recogidos en este artículo fueron presentados en la *Referentenbesprechung* del MPIL del 1 de diciembre de 2016, y en el marco de la XX Cátedra Europa de la Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia. Agradezco a los y las participantes, así como a los editores de este volumen, por sus comentarios. Además, quisiera agradecer a Marco Silva su valioso apoyo con las notas. La parte del artículo que se refiere a las empresas se nutre de la investigación sobre la Responsabilidad directa del Estado por acciones y omisiones de empresas estatales en materia de derechos humanos, apoyado por el proyecto Fondecyt de Iniciación N° 11150853. Los errores obviamente son solamente míos.

¹ Véase Sen, Amartya, *Development as Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1999; Stiglitz, Joseph, *The Price of Inequality*, Nueva York, W. W. Norton & Company, 2012.

la OCDE sobre Empresas Multinacionales, que prevén la creación de Puntos Nacionales de Contacto;² o la CEPAL con su mandato de implementar la Agenda 2030 de la ONU relativa al desarrollo sostenible, iniciativa de Naciones Unidas que sucede a los Objetivos de Desarrollo del Milenio (2000-2015) y plantea 31 objetivos de desarrollo a alcanzar hasta 2030.³ Algunos autores han sido críticos con estas propuestas, por un sinnúmero de razones.⁴

Esta contribución pretende hacer entrar en diálogo el concepto de “empresas y derechos humanos” con el *Ius Constitutionale Commune en América Latina* (ICCAL),⁵ considerando que el marco del DEI es un factor determinante y, muchas veces, un riesgo para el modo en que los Estados logren (o no) cumplir con sus obligaciones de derechos humanos, y para el modo en que las empresas perciban los incentivos de implementar los Principios Rectores.

Varios economistas e ingenieros comerciales, así como algunos juristas, plantean que el principal argumento a favor del respeto a los derechos humanos por parte de las empresas sería que corresponde a un *business case*;⁶ es decir, que económicamente sería más rentable respetar los derechos

² La razón del mencionado vínculo es que las Directrices deben ser interpretadas a la luz de los Principios Rectores. Lo que agregan los Puntos Nacionales de Contacto es un mecanismo de mediación para su implementación. Para un análisis sobre las Directrices de la OCDE, véase por ejemplo Ochoa, Juan Carlos, “The Roles and Powers of the OECD National Contact Points Regarding Complaints on an Alleged Breach of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises by a Transnational Corporation”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 84, núm. 1, 2015, pp. 89-126.

³ Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Mainstreaming the 2030 Agenda for Sustainable Development*, febrero de 2016, disponible en: <https://undg.org/wp-content/uploads/2015/10/UNDG-Mainstreaming-the-2030-Agenda-Reference-Guide-Final-1-February-2016.pdf>.

⁴ Véase por ejemplo, crítico con los Principios Rectores, Deva, Surya, “Treating Human Rights Lightly: A Critique of the Consensus Rhetoric and the Language Employed by the Guiding Principles”, en Deva, Surya y Bilchitz, David (eds.), *The Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Nueva York, Cambridge University Press, 2013, pp. 78-103. Críticos con el proceso, López, Carlos, “The «Ruggie Process»: from Legal Obligations to Corporate Social Responsibility?”, en Deva, Surya y Bilchitz, David (eds.), *The Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Nueva York, Cambridge University Press, 2013, pp. 58-77; Melish, Tara y Meidinger, Errol, “Protect, Respect, Remedy and Participate: New Governance Lessons for the Ruggie Framework”, en Mares, Radu (ed.), *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Foundations and Implementation*, Leiden, Koninklijke Brill, 2012, pp. 304-336.

⁵ Véase al respecto von Bogdandy, Armin, “Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una aclaración conceptual”, en von Bogdandy, Armin et al. (eds.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pp. 3-23.

⁶ Véase por ejemplo Baumann-Pauly, Dorothy y Posner, Michael, “Making the Business Case for Human Rights: An Assessment”, en Baumann-Pauly, Dorothy y Nolan, Justine (eds.), *Business and Human Rights. From Principles to Practice*, Nueva York, Routledge, 2016, pp.

humanos que no hacerlo. El ICCAL, al basarse en el respeto universal a los derechos humanos, es más compatible con la visión basada en que, aunque el respeto a los derechos humanos no fuera una ventaja económica, éste constituya una responsabilidad de los Estados.

Asimismo, según la interpretación del Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, CDESC), entre otros, los actores privados, especialmente las empresas, deben asegurarse de no impedir que el Estado cumpla con sus obligaciones en materia de derechos humanos, y deben ellas mismas respetar dichos derechos.⁷

Este capítulo reflexiona sobre la materia de empresas y derechos humanos, y sobre sus desafíos, oportunidades y tensiones a la luz de los conceptos clave que marcan el ICCAL. Indaga en el diálogo entre los distintos actores nacionales e internacionales acerca de la inclusión de grupos vulnerables (no solamente minoritarios) en el goce de los derechos humanos ante actividades empresariales. También se examina la “transformación real e incremental”⁸ de las estructuras sociales y legales en las sociedades latinoamericanas, en el contexto de las políticas públicas en materia económica. Transversalmente, se da cuenta del rol que juega la participación y movilización de la sociedad civil en pos y alrededor de las causas de derechos humanos, tal y como reconocen varios trabajos fundamentales del ICCAL.⁹

11-21; Morrison, John, *The Business Case for Human Rights – Values, Expectations and Risk*, 28 de abril de 2011, disponible en: http://www.ihrb.org/pdf/IHRB_Speech_2011_04_28_John_Morrison_The_Business_Case_for_Human_Rights.pdf. Más escéptico, Addo, Michael, “The Mandate of the UN Working Group on Business and Human Rights Preliminary Thoughts”, en Cantú Rivera, Humberto (ed.), *The Special Procedures of the Human Rights Council: A Brief Look from the Inside and Perspectives from Outside*, Cambridge-Antwerp, Intersentia, 2015, pp. 97 y 98.

⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 18, El Derecho al Trabajo (artículo 6)*, E/C.12/GC/18, 24 de noviembre de 2005, párr. 52; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 21, Derecho de toda persona a participar en la Vida Cultural (artículo 15, párr. 1 a, del Pacto Internacional de DESC)*, E/C.12/GC/21, 21 de diciembre de 2009, párr. 73. El Comité de Derechos Humanos no se refiere a obligaciones de las empresas, solo utiliza conceptos más amplios, como “privados” o “particulares”, y se refiere a la obligación del Estado de impedir que los particulares afecten derechos, sin decir en forma directa que las empresas están obligadas a respetarlos. Véase por ejemplo Comité de Derechos Humanos, *Observación General N° 18, No Discriminación*, 10 de noviembre de 1989, párr. 9; Comité de Derechos Humanos, *Observación General N° 28, La Igualdad de Derechos entre Hombres y Mujeres (artículo 3)*, CCPR/C/721/Rev.1/Add.10, 29 de marzo de 2000, párrs. 20 y 31; Comité de Derechos Humanos, *Observación General N° 34, artículo 19 – Libertad de Opinión y Libertad de Expresión*, CCPR/C/GC/34, 12 de septiembre de 2011, párr. 7. Esta lógica fue recogida, sin embargo, quitando la obligatoriedad, en el pilar II de los Principios Rectores.

⁸ 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, p. 20.

⁹ Véase por ejemplo *ibidem*, p. 26.

II. EL MARCO SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS EN LAS NACIONES UNIDAS Y EN LATINOAMÉRICA

Por segunda vez,¹⁰ se ha intentado en las Naciones Unidas definir las responsabilidades empresariales respecto a los derechos humanos, y en 2011 fueron aprobados los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos.¹¹ Los Principios Rectores se dividen en tres pilares, la obligación del Estado de proteger de violaciones de derechos humanos por parte de las empresas (Pilar I); la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos (Pilar II) y la obligación/responsabilidad de proveer acceso a la justicia y mecanismos de solución de controversias (Pilar III), conformes con los estándares de debido proceso definidos en el derecho internacional de los derechos humanos.

La obligación de proteger consiste principalmente en el deber del Estado de prevenir violaciones de los derechos humanos por parte de las empresas, mediante la regularización, la fiscalización y las sanciones, pero también mediante incentivos tributarios o requisitos para participar del sistema de compras públicas. Más específicamente, el Estado debe, por ejemplo, fijar límites de emisiones; regular el uso de aguas según los lineamientos del derecho internacional de los derechos humanos y del ambiente; regular la limpieza de sitios industriales una vez abandonados; y asegurar que los productos de consumo no dañen la salud de las personas y que en la cadena de suministro no haya violaciones a los derechos humanos, especialmente trabajo infantil, trabajo forzado, violencia o graves daños ambientales o a los derechos laborales.¹² Otras obligaciones procesales estrechamente relacionadas consisten en proveer acceso a la información pública y garantizar

¹⁰ En 2003, un borrador no obtuvo aprobación de la entonces Comisión de Derechos Humanos. Véase Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, *Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos*, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 26 de agosto de 2003.

¹¹ Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"*, A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011.

¹² Véase por ejemplo las distintas contribuciones en Deva, Surya y Bilchitz, David (eds.), *The Human Rights...*, *cit.*

el derecho a la participación en el proceso de toma de decisiones,¹³ así como el acceso a la justicia.¹⁴

Tal y como se explica más en adelante, de las empresas se espera que respeten los derechos humanos y que ejerzan la debida diligencia empresarial. Esto implica que las empresas adopten una política de derechos humanos, procedan a evaluar los riesgos e impactos que generan sus actividades en materia de derechos humanos, y actúen previniendo, o de no ser esto posible, mitigando los impactos de sus actividades sobre los derechos humanos; además, deben proveer mecanismos de queja y de *whistleblowing*, publicar anualmente información sobre su impacto negativo y positivo en relación a estos derechos y sobre las medidas de prevención y mitigación, así como establecer mecanismos de reparación e indemnización.¹⁵

En el ámbito institucional, el Consejo de Derechos Humanos ha creado un Grupo de Trabajo que está a cargo de promover y facilitar la implementación de los Principios Rectores entre Estados y empresas.¹⁶ Ha implementado su mandato a través de la promoción de Planes de Acción Nacional y otras herramientas políticas.¹⁷

¹³ Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Derechos Humanos y Acceso a la Información Pública, Serie Cuadernillos de Temas Emergentes*, Santiago de Chile, 2012, p. 30, disponible en: <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/315/info-publica.pdf?sequence=1>; Bani-sar, David *et al.*, “Moving from Principles to Rights: Rio 2012 and Access to Information, Public Participation, and Justice”, *Sustainable Development Law & Policy*, vol. 12, núm. 3, 2012, pp. 8-14. Véase también las siguientes guías de participación ciudadana en OECD, “Focus on Citizens: Public Engagement for Better Policy and Services”, *OECD Studies on Public Engagement*, 2009, pp. 321 y ss., en la página 17 indica principios, disponible en: <http://www19.iadb.org/intal/intalcdi/pe/2009/03785.pdf>; World Bank Group, *Strategic Framework for Mainstreaming Citizen Engagement in World Bank Group Operations*, Washington, D. C., 2014, pp. 181 y ss., disponible en: <http://consultations.worldbank.org/Data/hub/files/consultation-template/engaging-citizens-improved-resultsopenconsultationtemplate/materials/finalstrategicframeworkforce.pdf>.

¹⁴ Véase por ejemplo Zerk, Jennifer, *Corporate Liability for Gross Human Rights Abuses. Towards a Fairer and More Effective System of Domestic Law Remedies*, Report prepared for the Office of the UN High Commissioner for Human Rights, 2014.

¹⁵ Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *op. cit.*, Principios Rectores 11-18.

¹⁶ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Resolución 17/4, Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/RES/17/4, 6 de julio de 2011, párr. 6; Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Resolución 26/22, Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/RES/26/22, 15 de julio de 2014, párr. 10.

¹⁷ Véase Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Resolución 26/22...*, *cit.*

1. *¿Qué obligaciones le competen al Estado con relación a las empresas y los derechos humanos?*¹⁸

El Estado tiene obligaciones (en general, justiciables) en materia de empresas y derechos humanos. Estas obligaciones no emanan de los Principios Rectores, sino de los tratados de derechos humanos que el Estado ha ratificado, así como de la costumbre internacional. Seguidamente se recogen algunas obligaciones generales que competen al Estado, independientemente del sector productivo, del tamaño de la empresa, o de quienes sean los dueños de la empresa (personas naturales, otras personas jurídicas, o el propio Estado). Las obligaciones tienen un enfoque específico para cada derecho, que por motivos de espacio no se puede desarrollar aquí.¹⁹

Cuando el derecho internacional de los derechos humanos establece que los Estados deben garantizar los derechos consagrados en los tratados que han ratificado, abarca esta obligación también su efecto horizontal. Consiste principalmente en la obligación de los Estados de regular, fiscalizar y proveer acceso eficaz a la justicia y reparación para afectaciones a los derechos humanos entre actores privados. Ante la inactividad del Estado, o ante su complicidad, éstas se convertirían en violaciones de los derechos humanos atribuibles al Estado. En este sentido, la obligación del Estado tiene una faceta preventiva —muchas veces subestimada—²⁰ y una reparatoria, para el caso de que un actor privado viole los derechos de otro.²¹ Se aplican los criterios de la debida diligencia estatal para definir si el Estado cumplió con

¹⁸ Parte de esta sección se basa en una investigación anterior publicada en Araya, Fernando *et al.*, “Empresas y derechos humanos. Algunos resultados de una línea base para Chile”, en Vial, Tomás (ed.), *Informe anual sobre derechos humanos en Chile*, Santiago de Chile, Ediciones UDP, 2016, pp. 123-171.

¹⁹ Véase en parte Pisillo Mazzeschi, Ricardo, *Responsabilité de l'état pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme*, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 333, Boston-Leiden, Brill, 2008, pp. 175-506.

²⁰ Pero véase por ejemplo De Sena, Pasquale, “Responsabilité internationale et prévention des violations des droits de l'homme”, en Décaux, Emmanuel y Touzé, Sébastien, *La Prévention des Violations des Droits de l'Homme. Actes du colloque des 13 et 14 juin 2013*, París, Pédone, 2013, pp. 36-56, así como Ebert, Franz Christian y Sijnienski, Romina, “Preventing Violations of the Right to Life in the European and the Inter-American Human Rights Systems: From the Osman Test to a Coherent Doctrine on Risk Prevention?”, *Human Rights Law Review*, vol. 15, núm. 2, 2015, pp. 343-368.

²¹ En general véase Clapham, Andrew, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006; Muchlinski, Peter, *Multinational Corporations and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

sus obligaciones.²² Esta lógica ha sido desarrollada con consistencia y sin mayores divergencias por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y los órganos de supervisión de los tratados de la ONU.²³ Extender esta lógica a la regulación de actores empresariales no ha sido una sorpresa, y de hecho se ha desarrollado sin mayor oposición doctrinal.²⁴

Los Principios Rectores identifican, con un enfoque preventivo, varias áreas de especial sensibilidad para esta regulación de actividades económicas. Mencionan, aunque en lenguaje débil, las actividades extraterritoriales de empresas que están domiciliadas en el Estado en cuestión (Principio Rector 2); la regulación sectorial y transversal de actividades empresariales, y la adopción de políticas públicas para garantizar los derechos humanos (Principios Rectores 1 y 3). Entre estas se encuentran la regulación ambiental, laboral, de salud y seguridad en el trabajo, del uso de los recursos naturales, de la no discriminación, o de propiedad, tierras y territorios; la regulación de las empresas estatales (Principio Rector 4) y la de todos los servicios privatizados (Principio Rector 5), especialmente los que corresponden a la provisión de algún derecho humano en particular, como el derecho humano al más alto nivel de disfrute de salud física y mental. También destacan el respeto a los derechos humanos en las actividades comerciales del Estado, por ejemplo, las compras públicas (Principio Rector 6); el manejo de conflictos armados o sociales (Principio Rector 7); la adopción de políticas públicas que promuevan y posibiliten el respeto empresarial a los derechos humanos (Principio Rector 8), incluyendo la planificación territorial, la coordinación entre órganos y ministerios, pero también la política tributaria, la política de libre competencia y las políticas sectoriales como la energética, minera o pesquera, así como la incorporación de los estándares de derechos humanos en sus políticas de libre comercio y tratados de inversiones (Principio Rector 9). En ese contexto, el Estado debe adecuar también la regulación que emana desde el DEI, en la medida en que los Estados pueden influenciar su creación y negociación y en que no pueden contraer obligaciones que les impidan proteger los derechos

²² Pisillo Mazzeschi, Ricardo, *op. cit.*; Kulesza, Joanna, *Due Diligence in International Law*, Leiden, Brill Nijhoff, 2016.

²³ Para una crítica al desarrollo de los conceptos en el TEDH, véase Ebert, Franz Christian y Sijnienski, Romina, *op. cit.*

²⁴ Para la posición mayoritaria, véase por ejemplo Clapham, Andrew, *op. cit.*; pero véase Pisillo Mazzeschi, Ricardo, *op. cit.*, que no está convencido de todos los elementos construidos por parte de los órganos de tratados.

humanos, siendo ellos los únicos sujetos plenos en el derecho internacional y los principales actores del proceso legislativo.²⁵

Por ejemplo, en el caso *Sawhoyamaxa v. Paraguay*, la Corte IDH fue clara en señalar “que la aplicación de acuerdos comerciales bilaterales no justifica el incumplimiento de las obligaciones estatales emanadas de la Convención Americana; por el contrario, su aplicación debe ser siempre compatible con la Convención Americana, tratado multilateral de derechos humanos dotado de especificidad propia, que genera derechos a favor de individuos y no depende enteramente de la reciprocidad de los Estados”.²⁶ Esto no desconoce que varias situaciones de impactos negativos a gran escala, como la catástrofe del Rio Doce en Brasil²⁷ o la contaminación masiva de la Bahía de Quintero-Puchuncaví en Chile,²⁸ se deben entera o parcialmente a la actuación de empresas estatales y no de empresas privadas que se acogen al DEI.

Finalmente, se consideran los mecanismos ordinarios o alternativos de acceso a la justicia en igualdad de condiciones para personas que sienten que sus derechos humanos han sido violados por parte de una empresa (Principios Rectores 25-27 y 31). Muchas veces se impide el acceso a la justicia por violaciones de derechos humanos por parte de actores empresariales, que quedan impunes por la falta de definición de los derechos; por

²⁵ Pero véase sobre *law-making* por parte de otros actores, por ejemplo, Arcari, Maurizio y Balmond, Louis (eds.), *Diversification des acteurs et dynamique normative en droit international*, Nápoles, Editionale Scientifica, 2013. En cuanto a la influencia de las empresas transnacionales, se destaca principalmente la influencia de los árbitros en Eberhardt, Pia y Olivet, Cecilia, *Profiting from Injustice*, 2012, disponible en: <https://corporateurope.org/trade/2012/11/chapter-4-who-guards-guardians-conflicting-interests-investment-arbitrators>.

²⁶ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C, No. 146, párr. 140. Véase también casos similares: *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C, No. 125; *Caso Comunidad Indígena Xakmok Kásek v. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C, No. 214.

²⁷ Véase por ejemplo Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Brazilian Mine Disaster: “This is Not the Time for Defensive Posturing” – UN rights experts*, 25 de junio de 2015, disponible en: <http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16803&LangID=E>; Conectas Human Rights et al., *The Impacts of the Brazilian Development Model on Human Rights and the Environment*, 2016, disponible en: <http://rpbrasil.org/wp-content/uploads/2016/10/Modelo-de-Desenvolvimento-Meio-Ambiente-Conectas-ISA-Relatoria-Povos-Ind%C3%ADgenas-Plataforma-DHesca.pdf>.

²⁸ Hervé, Dominique y Schönsteiner, Judith, “Violaciones a los derechos humanos y medioambiente en Puchuncaví-Ventanas”, en Coddou, Alberto (ed.), *Informe anual sobre derechos humanos en Chile*, 2012, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, pp. 131-161.

falta de ayuda legal, pero también por amenazas;²⁹ por corrupción,³⁰ y por otras causas.³¹

En general, uno de los puntos más relevantes para el cumplimiento de las obligaciones estatales en materia de empresas y derechos humanos es, tomando como ejemplo un mapeo que elaboró la autora sobre la actividad empresarial y los derechos humanos en Chile, la falta de regulación para la prevención del impacto negativo de dichas actividades. Por ejemplo, la falta de planificación territorial que implica la generación de “zonas de sacrificio” donde a pesar de la presencia de ecosistemas frágiles o asentamientos humanos no se impide la instalación de industrias peligrosas y contaminantes. Otro aspecto relevante atañe a la insuficiente fiscalización, cuando ésta carece de financiamiento y, por tanto, no puede actuar con la suficiente cobertura territorial para ser preventiva. En casos más graves, además, el fiscalizador debe apoyarse en la colaboración logística de las empresas, lo que le resta independencia. Por otro lado existen barreras en el acceso a la justicia, especialmente por la ausencia de asistencia jurídica gratuita para casos relacionados con empresas y derechos humanos.³²

2. Las responsabilidades empresariales

Parecería útil, para determinar más concretamente cómo implementar las obligaciones del Estado en la materia, definir con suficiente precisión las “responsabilidades empresariales” que los Estados deben incentivar y ayudar a implementar. En este sentido, los tres pilares de los Principios Rectores están claramente entrelazados. Además, se evidencia que el segundo pilar de los Principios Rectores excede a lo que comúnmente denominamos

²⁹ CIDH, *Criminalización de la labor de las defensoras y los defensores de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/IL, Documento 49/15, 31 de diciembre de 2015, párr. 163 y ss.; *Los riesgos a que se enfrentan determinados grupos de defensores de los derechos humanos: los periodistas y profesionales de los medios de información, los defensores que se dedican a cuestiones ambientales y relativas a la tierra y los que defienden los derechos de los jóvenes y los estudiantes*, Informe de Margaret Sekaggya, Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, A/HRC/19/55, 21 de diciembre de 2011.

³⁰ Véase Peters, Anne, “Korruption und Menschenrechte”, *Juristenzeitung*, 71, 2016, pp. 217-227; Zalaquett, José, “Transparencia, rendición de cuentas y lucha contra la corrupción en América. Informe de la Reunión Regional que tuvo lugar en Santiago de Chile entre el 3 y el 5 de diciembre de 2004”, Santiago, Universidad de Chile, 2005, 151 pp.

³¹ Véase en general Zerk, Jennifer, *Corporate Liability...*, *op. cit.*

³² Véase Schönsteiner, Judith *et al.*, *Estudio de línea base sobre empresas y derechos humanos*, Chile, 2016, disponible en: <http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/index.php/quienes-somos?layout=edit&id=157>.

responsabilidad social empresarial (RSE): hay varias “responsabilidades” a nivel internacional que corresponden, a nivel nacional, a obligaciones de las empresas en virtud de la regulación doméstica. Recaen en este ámbito, por ejemplo, medidas sobre medio ambiente, seguridad laboral, o consulta libre, previa e informada a los pueblos indígenas. La RSE es de carácter filantrópico y voluntario. Además, la RSE no se centra en los impactos que tienen las actividades propias de la empresa en los derechos humanos de las personas, ya sean trabajadores o comunidades.³³

No se suelen reconocer en el derecho internacional, sin embargo, obligaciones empresariales directas, ya sean económicas, ambientales, o en materia de derechos humanos. Ello se debe a que el derecho hasta ahora desconoce que las empresas sean sujetos de derecho internacional de pleno derecho —y de plenos deberes—. ³⁴ No hay responsabilidad penal internacional alguna de personas jurídicas, incluso si hubieran participado, por ejemplo, en el crimen de genocidio. Solo podría existir responsabilidad penal por crímenes internacionales de los gerentes de empresas, a título individual.³⁵ El reconocimiento de deberes explícitos de las empresas transnacionales juega también un rol en el trabajo de negociación y redacción de un borrador de tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos, en el marco del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.³⁶ En la doctrina, se ha argumentado de manera convincente que estas obligaciones existen.³⁷

Los Principios Rectores requieren de las empresas que respeten los derechos humanos (Principio Rector 11), abarcando “como mínimo” los de la Carta de los Derechos Humanos (PIDESC, PIDCP y Declaración Universal) y la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (Principio Rector 12). Para ello, deben evitar consecuencias

³³ López-Francos de Busturia, Andrea, *Derechos humanos, empresas transnacionales y responsabilidad social empresarial*, Madrid, Berg Institute, 2015, pp. 113-154.

³⁴ Para el estado del debate, véase Letnar, Jerzej y Van Ho, Tara (eds.), *Human Rights and Business: Direct Corporate Accountability for Human Rights*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, 2015.

³⁵ Véase por ejemplo Plomp, Caspar, “Aiding and Abetting: The Responsibility of Business Leaders under the Rome Statute of the International Criminal Court”, *Utrecht Journal of International and European Law*, vol. 30, núm. 79, pp. 4-29; van der Wilt, Harmen, “Corporate Criminal Responsibility for International Crimes: Exploring the Possibilities”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 12, núm. 1, pp. 43-77.

³⁶ Información actualizada sobre las negociaciones del tratado se encuentra en <https://business-humanrights.org/en/about-us/blog/debate-the-treaty>. Véase también al respecto la contribución de Douglass Cassel en este volumen.

³⁷ Véase por ejemplo Cantú Rivera, Humberto, “Los desafíos de la globalización: reflexiones sobre la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos”, en Cantú Rivera, Humberto (ed.), *Derechos humanos y empresas. Reflexiones desde América Latina*, San José, IIDH, 2017, pp. 37-86.

negativas de sus operaciones en el goce de los derechos humanos y prevenir su impacto (Principio Rector 13). En concreto, y con el afán de lograr ese compromiso, deben adoptar las siguientes políticas empresariales:

Para cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos, las empresas deben contar con políticas y procedimientos apropiados en función de su tamaño y circunstancias, a saber: a) Un compromiso político de asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos; b) Un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos; c) Unos procesos que permitan reparar todas las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que hayan provocado o contribuido a provocar.³⁸

La debida diligencia empresarial abarca, más específicamente, la evaluación del impacto y el riesgo de una cierta inversión u operación empresarial en relación a los derechos humanos,³⁹ y debe ser un proceso continuo (Principio Rector 17, especialmente apartados a y c). La evaluación de impactos y riesgos debe incluir consulta a expertos y, aparte, consultas con las comunidades potencialmente afectadas (Principio Rector 18). El Consejo Internacional sobre Minería y Metales (ICMM), por ejemplo, recogió este principio en una iniciativa de autorregulación, editando guías sobre debida diligencia y sobre consulta indígena,⁴⁰ que deben ser usadas por los miembros del Consejo.

Existen hoy múltiples iniciativas mundiales y también regionales en relación a la autorregulación. Desde el sector financiero privado, un ejemplo son los *Equator Principles*.⁴¹ Existen también iniciativas relacionadas con el

³⁸ Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *op. cit.*, Principio Rector 15.

³⁹ Sobre las distintas herramientas para ello, véase por ejemplo Danish Institute of Human Rights, *Human Rights Impact Assessment Guidance and Toolbox*, disponible en: <http://www.humanrights.dk/business/tools/human-rights-impact-assessment-guidance-and-toolbox>, o también Centro Internacional de Derechos Humanos y Desarrollo Democrático, *Rights and Democracy: Getting it Right*, disponible en: <http://hria.equalit.ie>.

⁴⁰ Consejo Internacional de Minería y Metales, *Derechos humanos en la industria de minería y metales: la integración de la diligencia debida de derechos humanos en los procesos de gestión de riesgos corporativos*, 2012, disponible en: <https://www.icmm.com/website/publications/pdfs/social-and-economic-development/3308.pdf>; Consejo Internacional de Minería y Metales, *Los pueblos indígenas y la minería*, 2013, disponible en: http://infoindigena.servindi.org/images/Publicaciones_generales/Mineria/Indigenous-Peoples-and-Mining-Position-Statement-Spanish.pdf.

⁴¹ Véase específicamente <http://www.equator-principles.com/index.php/members-and-reporting>. Para una discusión al respecto véase por ejemplo Riegner, Michael, “The Equator Principles on Sustainable Finance Assessed from a Critical Development and Third World Perspective”, *Transnational Legal Theory*, vol. 5, núm. 3, 2014, pp. 489-510.

comportamiento de los consumidores, aunque de muy variada calidad, como los sellos de comercio justo.⁴² Como último ejemplo, se pueden mencionar las iniciativas del Pacto Global, que consisten en una declaración básica y poco exigente de compromiso —una primera “puerta de entrada” al tema— y los estándares de informes sobre sostenibilidad de la *Global Reporting Initiative*, que para poder usar el logo de la iniciativa requieren publicar cierto tipo de información sobre impacto social y ambiental de la empresa.⁴³ Sin embargo, la verificación de la información no se hace sobre el terreno; es suficiente un informe de auditoría de documentos.

Del mismo modo, la Corporación Financiera Internacional (International Finance Corporation [CFI]) aprobó instrumentos que abordan temas relacionados con los derechos humanos y que prevén un proceso de debida diligencia.⁴⁴ Sin embargo, a pesar de la existencia de un mecanismo de mediación respecto a las normas aplicables a la CFI, la actuación del Asesor en Cumplimiento/Ombudsman cuenta con los límites usuales de los mecanismos voluntarios.⁴⁵ Además, no hay normas de derechos humanos que éste deba supervisar, a pesar de que los estándares sociales y ambientales podrían reflejar en algunas instancias medidas que también protegen a los derechos humanos, como por ejemplo medidas de limitación a la contaminación, las cuales previenen, indirectamente, violaciones al derecho a la salud.

⁴² Hay sellos con base en estándares industriales; sin embargo, solamente la certificación independiente parece garantizar el cumplimiento de los estándares sociales, laborales, o ambientales que se declaran. Véase por ejemplo <http://www.flocert.net>; White, Lara y Marsh, Lauren, “Approaches in Promoting Fair and Ethical International Labour Recruitment”, en Beke, Laura *et al.* (eds.), *Protecting Labour Rights in a Multi-Polar Supply Chain and Mobile Global Economy*, La Haya, Kluwer Law International, 2015, pp. 49-72.

⁴³ Véase <https://www.globalreporting.org/Pages/default.aspx>.

⁴⁴ International Finance Corporation, *IFC Performance Standards on Environmental and Social Sustainability*, 2012, disponible en: https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/c8f524004a73daeca09afdf998895a12/IFC_Performance_Standards.pdf?MOD=AJPERES; y Equator Principles Association, *Principios Equator III*, 2013, disponible en: http://equator-principles.com/wp-content/uploads/2017/03/equator_principles_III.pdf. Un mecanismo casi idéntico fue adoptado por la organización hermana de la CFI, el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones: Multilateral Investment Guarantee Agency, *Performance Standards on Environmental and Social Sustainability*, 2013, disponible en: https://www.miga.org/documents/performance_standards_env_and_social_sustainability.pdf.

⁴⁵ Balaton-Chrimes, Samantha y MacDonald, Kate, *The Compliance Advisor Ombudsman for IFC/MIGA*, Corporate Accountability Research 2016, pp. 6 y 12, entre otras, disponible en: <http://corporateaccountabilityresearch.net/njm-report-xvii-cao>. Véase diferentes puntos de vista sobre el IFC, por ejemplo, en Wendt, Karen, *Risk Management Frameworks, Sustainable Financial Innovation and Soft law Standards*, Berlín, Heidelberg, Springer, 2015.

3. *Iniciativas específicas en la Organización de los Estados Americanos y en Latinoamérica*

Mientras la Comisión y Corte Interamericanas ya han informado y fallado sobre violaciones de derechos humanos en contextos económicos desde hace más de dos décadas,⁴⁶ y han desarrollado una importante jurisprudencia especialmente en asuntos de territorios indígenas afectados por proyectos de inversión,⁴⁷ no ha sido hasta 2015 que la Corte IDH ha recogido explícitamente el concepto de empresas y derechos humanos, refiriéndose a los Principios Rectores en el caso *Kaliña Lokono vs. Surinam*, al indicar “que las empresas deben actuar de conformidad con el respeto y la protección de los derechos humanos, así como prevenir, mitigar y hacerse responsables por las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos”.⁴⁸ La Corte IDH siguió, sin embargo, enfatizando el deber de protección del Estado, que es el que se encuentra bajo su jurisdicción.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha convocado, desde hace muchos años, audiencias sobre la temática.⁴⁹ En 2015, la CIDH publicó además su primer informe que trata explícitamente el tema de las empresas y los derechos humanos. El informe hace un análisis detallado de lo que significan las obligaciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en contextos de actividades empresariales,

⁴⁶ Los primeros casos usualmente considerados en la materia son CIDH, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo contra Belice*, Caso 12.053, Informe N° 40/04, 12 de octubre de 2004; CIDH, *Mercedes Julia Huentao Beroiza contra Chile*, Petición 4617/02, Solución Amistosa, Informe N° 30/04, 11 de marzo de 2004; Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79; Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yákye Axa v. Paraguay*, *op. cit.*

⁴⁷ Son emblemáticos los casos Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172; Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay*, *op. cit.*; Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay*, *op. cit.*; Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245.

⁴⁸ Corte IDH, *Caso Pueblos Kaliña y Lokono v. Surinam*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2015, Serie C No. 309, párr. 224.

⁴⁹ Véase por ejemplo CIDH, *Audiencia “Impacto de las actividades de empresas mineras canadienses sobre los derechos humanos en América Latina”*, Participantes: Canadá, Justice and Corporate Accountability Project (JCAP), Halifax Initiative, Mining Watch Canada, 153 Período de Sesiones, 28 de octubre de 2014; CIDH, *Audiencia “Derechos humanos y calentamiento global”*, Participantes: Center for International and Environmental Law, Earthjustice, Sheila Watt-Cloutier, 127 Período de Sesiones, 1 de marzo de 2007.

incluyendo las actividades de empresas estatales.⁵⁰ El Sistema Interamericano ha podido recurrir, para resolver las cuestiones jurídicas planteadas por el impacto negativo de las empresas en materia de derechos humanos, a su vasta jurisprudencia sobre la responsabilidad indirecta del Estado de proteger de las actividades de actores privados, así como sobre el desarrollo del concepto de debida diligencia.⁵¹ Otra área en la que la Corte IDH ha definido estándares de derechos humanos en relación a actividades empresariales es el rubro de servicios de salud, donde destacó la responsabilidad directa del Estado en casos en los que ha privatizado ciertos servicios.⁵²

También la Asamblea General de la OEA ha participado, desde hace algunos años, en el diálogo sobre empresas y derechos humanos. Así, ha adoptado dos resoluciones promovidas por Chile sobre la temática, una primera en 2014 promoviendo los Planes de Acción Nacional en materia de empresas y derechos humanos,⁵³ y una segunda en 2016, encargando a la CIDH un estudio de los estándares internacionales,⁵⁴ y al Comité Jurídico de la OEA un informe de buenas prácticas.⁵⁵ Ambos encargos están explícitamente sujetos a la disponibilidad presupuestaria,⁵⁶ lo que usualmente no se reitera en las resoluciones de este órgano.

Más allá del Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos,⁵⁷ son principalmente una asociación de actores de la sociedad civil —el *International Corporate Accountability Roundtable*— y una institución nacional de derechos humanos —el *Danish Institute of Human Rights*— quienes promueven

⁵⁰ CIDH, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, 31 de diciembre de 2015.

⁵¹ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, Excepciones Preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C No. 1, párr. 172. Véase para una sistematización del desarrollo jurisprudencial posterior en la materia CIDH, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales...*, *cit.*, párrs. 40 y 65.

⁵² Por ejemplo, Corte IDH, *Caso Ximenes López v. Brasil*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C No. 149.

⁵³ Organización de los Estados Americanos, *Promoción y protección de los derechos humanos en el ámbito empresarial*, Resolución AG/RES. 2840 (XLIV-O/14), 4 de junio de 2014, párr. 3. Para una visión panorámica, véase <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx>.

⁵⁴ OEA, *Promoción y Protección de los Derechos Humanos*, Resolución AG/RES. 2887 (XLVI-O/16), 2016, párr. ii.4.

⁵⁵ *Ibidem*, párrs. ii.4 y iii.3.

⁵⁶ *Ibidem*, párr. ii.4.

⁵⁷ Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, *Guidance on National Action Plans on Business and Human Rights*, 2016, disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/UNWG_NAPGuidance.pdf.

la adopción de planes nacionales y apoyan su elaboración.⁵⁸ En Latinoamérica, Colombia era el primer país en contar con un Plan de Acción Nacional; no obstante, el proceso fue juzgado deficiente por la ausencia de un Estudio Línea Base (*Baseline Study*) que hubiera permitido identificar las principales brechas de cumplimiento (*compliance gaps*) en materia de empresas y derechos humanos.⁵⁹ En Chile, el gobierno optó por un proceso en distintas etapas, incluyendo un Estudio Línea Base sobre Empresas y Derechos Humanos,⁶⁰ y una fase de consultas con distintas partes interesadas en 2016.⁶¹ También se elaboró un estudio sobre las mencionadas brechas a nivel nacional en México,⁶² y en Estados Unidos.⁶³ Los Estados vinculan, en su mayoría, las medidas de los Planes de Acción Nacional de empresas y derechos humanos a la adopción de la agenda 2030.⁶⁴

Como muestra el ejemplo chileno, el diálogo para la elaboración de un Plan de Acción Nacional, pese a ser eminentemente doméstico, se desarrolla en un escenario multinivel:⁶⁵ de esta manera, en un ámbito no-judicial, se recogen los estándares contenidos en resoluciones internacionales y

⁵⁸ Véase International Corporate Accountability Roundtable (ICAR)/Danish Institute for Human Rights (DIHR), *National Action Plans on Business and Human Rights: A Toolkit for the Development, Implementation, and Review of State Commitments to Business and Human Rights Frameworks*, disponible en: <https://static1.squarespace.com/static/583f3fca725e25fcd45aa446/t/5865d59fe6f2e17f4f0cb629/1483068841826/DIHR-ICAR-National-Action-Plans-NAPs-Report3.pdf>.

⁵⁹ Véase Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, *Colombia Avanza. Plan de Acción de Empresas y Derechos Humanos*, 2014, disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/PNA_Colombia_9dic.pdf.

⁶⁰ Encargado por el DIHR a la autora de este artículo en 2015 y finalizado en 2016, véase Schönsteiner, Judith *et al.*, *op. cit.*

⁶¹ Para un análisis del proceso, véase Araya *et al.*, *Informe Anual 2016*, *op. cit.*

⁶² Project Poder, *Diagnóstico de Línea Base para la Implementación de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de la ONU en México*, disponible en: <https://www.projectpoder.org/wp-content/uploads/2017/02/Libro-DiagnosticoLineaBase-WEB.pdf>.

⁶³ Para una evaluación del Plan de Acción y del proceso de elaboración, véase ICAR, *Assessment of the United States National Action Plan (NAP) on Responsible Business Conduct*, 2017, disponible en: <https://static1.squarespace.com/static/583f3fca725e25fcd45aa446/t/58da9da11b10e3e2a234983c/1490722210495/US+NAP+assessment+FINAL.pdf>.

⁶⁴ Véase por ejemplo *Borrador del Plan de Acción de Derechos Humanos y Empresas de Chile*, 20 de marzo de 2017, pp. 12-15, disponible en: https://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/biblioteca/extraccion_recursos_naturales/GOBIERNO%20DE%20CHILE.%202017.%20Borrador%20Plan%20de%20Acci%C3%B3n%20Nacional%20de%20DD.HH.%20y%20Empresas%20de%20Chile.pdf. Véase en general De Felice, Damiano y Graf, Andreas, “The Potential of National Action Plans to Implement Human Rights Norms: An Early Assessment with Respect to the UN Guiding Principles on Business and Human Rights”, *Journal of Human Rights Practice*, vol. 7, núm. 1, 2015, pp. 40-71.

⁶⁵ Véase por ejemplo Acosta, Paola, *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel*, Universidad Externado de Colombia, 2015.

regionales,⁶⁶ que antes fueron promovidas en estos foros por distintos actores nacionales. Por otro lado, las resoluciones sobre empresas y derechos humanos en la OEA fueron promovidas por el Ministerio de Relaciones Exteriores chileno, mientras distintos actores de la sociedad civil latinoamericana han estado haciendo una labor de incidencia por muchos años en espacios nacionales, en el Sistema Interamericano y en la ONU, para lograr la rendición de cuentas (*accountability*) de Estados y empresas por violaciones en el contexto de proyectos de inversión. En la elaboración del Plan de Acción Nacional en Chile y en México participaron distintos ministerios, organizaciones de la sociedad civil, gremios, y pueblos indígenas.⁶⁷

Es fundamental cómo estos planes de acción se insertan en la agenda política de medio y largo plazo, ya que los compromisos internacionales en materia de derechos humanos seguirán vigentes y requieren cumplimiento. Así, por ejemplo, el Plan de Acción Nacional chileno contiene un mecanismo de seguimiento que incluye la creación de indicadores para la constante evaluación del mismo.⁶⁸ El primer Plan Nacional de Derechos Humanos de Chile, publicado el 22 de diciembre de 2017, contiene un capítulo de empresas y derechos humanos que recoge varias de las medidas previstas en el Plan de Acción, especialmente medidas relacionadas con la política económica exterior y los tratados internacionales económicos, la planificación energética, y las compras públicas.⁶⁹ Además, dichas medidas quedan sujetas a un, en principio, robusto mecanismo de seguimiento a cargo del Instituto Nacional de Derechos Humanos, un organismo estatal independiente, con participación por parte de la sociedad civil.⁷⁰ Especialmente interesante para efectos del presente análisis es el vínculo explícito que el Plan establece

⁶⁶ Véase Ahumada, Orielle *et al.*, *Matriz de Normas Internacional del Trabajo Vigentes en Chile*, 2015, disponible en: <http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/images/empresaddhh/Ahumada%20Matriz%20Est%20C3%A1ndares%20OIT%2027.5.2016.pdf>; Schönsteiner, Judith *et al.*, *Matriz de derecho internacional de los derechos humanos en materia de empresas y derechos humanos vigentes en Chile*, 2015, disponible en: <http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/images/empresaddhh/Sch%20C3%B6nsteiner%20Matriz%20Est%20C3%A1ndares%20ONU%20SIA%2027.5.2016.pdf>.

⁶⁷ Véase Ministerio de Relaciones Exteriores *et al.*, *Informe sobre diálogos participativos sobre empresas y derechos humanos en Chile*, 2016, disponible en: http://derechoshumanosyempresas.minrel.gob.cl/ddhh/site/artic/20150422/asocfile/20150422104019/informe_final_conjunto_de_talleres_dialogo_chile_julio_2016.pdf.

⁶⁸ Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, *Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas en Chile*, 2017, disponible en: http://www.minrel.gob.cl/minrel/site/artic/20170821/asocfile/20170821145507/plan_de_accio_n_nacional_de_derechos_humanos_y_empresas.pdf.

⁶⁹ Subsecretaría de Derechos Humanos, *Primer Plan Nacional de Derechos Humanos, 2018-2021*, 2017, pp. 256-263, disponible en: <http://www.planderechoshumanos.gob.cl>.

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 265 y 266.

con las recomendaciones de órganos internacionales de derechos humanos y con los Objetivos de Desarrollo Sostenible, la Agenda 2030.

4. *Otros actores: estándares del Banco Mundial y del Banco Interamericano de Desarrollo*

Las organizaciones internacionales monetarias y financieras aún no han cambiado su paradigma de funcionamiento; pero empiezan a referirse a temas sociales y ambientales. El Banco Mundial indica que tiene una política de derechos humanos;⁷¹ sin embargo, ésta es poco eficaz, y como el relator especial sobre pobreza extrema ha concluido de manera lapidaria en relación con el Banco Mundial, no tiene efectos en la institución: en sus palabras, el Banco Mundial es “una zona libre de derechos humanos”.⁷² Con un volumen de 8.200 millones de USD de préstamos a gobiernos latinoamericanos y caribeños en el año fiscal 2016,⁷³ la adopción de políticas de derechos humanos en esta institución de DEI podría adquirir un impacto considerable.⁷⁴

El Banco Interamericano de Desarrollo no tiene política en materia de derechos humanos, sin embargo, tiene políticas operacionales en materias relevantes como derechos de los pueblos indígenas,⁷⁵ equidad de género, medioambiente, acceso a la información, o reasentamiento forzado.⁷⁶

La política operacional sobre pueblos indígenas, por ejemplo, hace referencia a los principales tratados de derechos humanos, aunque no aplica decididamente una perspectiva de derechos humanos. Además, la política operacional de dicho Banco identifica a la jurisprudencia de la Corte IDH como una de las principales fuentes para la política operacional en relación

⁷¹ Véase World Bank Group, *Statement on Policies, Accountability Mechanisms and Stakeholder Participation in WBG Projects*, 2015, disponible en: <http://www.worldbank.org/en/news/press-release/2015/06/22/world-bank-group-statement-on-policies-accountability-mechanisms-and-stakeholder-participation-in-wbg-projects>.

⁷² Al respecto, el relator especial ha criticado fuertemente al Banco Mundial en 2015, véase Relator Especial de Naciones Unidas sobre derechos humanos y extrema pobreza, *Informe del relator especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos*, A/70/274, 4 de agosto de 2015, párr. 68.

⁷³ Banco Mundial, *América Latina y el Caribe. Panorama general*, 2016, disponible en: <http://www.bancomundial.org/es/region/lac/overview#3>.

⁷⁴ Véase también la contribución de Armin von Bogdandy y Franz Christian Ebert en este volumen.

⁷⁵ El análisis crítico de estas políticas ha sido publicado principalmente por actores de la sociedad civil, por ejemplo en: <http://www.wrm.org.uy/oldsite/bulletin/106/IDB.html>.

⁷⁶ Para un listado completo, véase <http://www.iadb.org/en/about-us/sector-policies.6194.html>.

a los pueblos indígenas.⁷⁷ El Banco cuenta además, desde el 2015, con un mecanismo de denuncias.⁷⁸

III. CONCEPTOS, CONVERGENCIAS Y TENSIONES: “EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS” Y EL ICCAL

Ante estos estándares e iniciativas se recurre al ICCAL para analizar conceptualmente algunos aspectos del área de las empresas y los derechos humanos. Se discutirá, especialmente, el diálogo entre distintos actores para garantizar los derechos humanos ante actividades empresariales; la no discriminación y la inclusión como conceptos claves del discurso de derechos humanos, tal y como se relaciona con el ICCAL; y la pregunta sobre cómo compatibilizar la idea de una “transformación real e incremental” con las obligaciones inmediatas que establece el derecho internacional de los derechos humanos en algunas situaciones. Además, también se pretende reflexionar brevemente sobre cuáles podrían ser los aspectos del ámbito de las empresas y los derechos humanos que corren el riesgo de recibir menos atención si se adopta, como perspectiva de análisis, el ICCAL en su desarrollo actual. Estas preguntas se hacen en un contexto de debate sobre la conformación de un *Ius Constitutionale Commune*,⁷⁹ por un lado, y sobre el orden constitucional económico que cada país se da, por el otro.⁸⁰

1. *El diálogo como elemento constitutivo para la comprensión y la implementación de los estándares sobre empresas y derechos humanos*

El ICCAL hasta el momento parece haberse centrado principalmente en el diálogo judicial, si bien nunca excluyó de su análisis otros ámbitos de diálogo

⁷⁷ Banco Interamericano de Desarrollo, *Operating Guidelines for Indigenous People Policy*, 2006, párr. 3.16, disponible en: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=1442307>.

⁷⁸ Véase <http://www.iadb.org/en/mici/mici,1752.html>.

⁷⁹ von Bogdandy, Armin, “*Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*. Una aclaración...”, *cit.*, p. 9; von Bogdandy, Armin *et al.*, “*Ius Constitutionale Commune en América Latina. A Regional Approach to Transformative Constitutionalism*”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 6.

⁸⁰ Véase Couso, Javier, “The «Economic Constitutions» of Latin America: Between Free Markets and Socioeconomic Rights”, en Dixon, Rosalind y Ginsburg, Tom (eds.), *Comparative Constitutional Law in Latin America*, Cheltenham-Massachusetts, Edward Elgar, 2017, p. 343.

sobre el derecho internacional.⁸¹ En materia de empresas y derechos humanos, una revisión de la jurisprudencia de los distintos tribunales a lo largo del continente podría indicarnos si y cómo la justicia constitucional y ordinaria ha recogido la aplicabilidad de los derechos humanos a la actividad empresarial —de la misma manera que arriba lo hicimos para la Corte IDH. Probablemente, se encontrarían pocas referencias explícitas —si las hubiere— a los Principios Rectores. Por lo tanto, un estudio exhaustivo y empíricamente más completo debería analizar el diálogo que se desarrolla entre los juzgados y los órganos de derecho internacional sobre el concepto de empresas y derechos humanos en general, incluyendo sus contenidos (más que sus términos). Además, debería mapear este diálogo entre otros actores. Aquí solo se buscará esbozar algunos elementos de este diálogo, a saber, entre distintas áreas de derecho doméstico; entre el derecho nacional y el internacional; y finalmente, entre actores judiciales y no-judiciales.

Primero, la materia de empresas y derechos humanos tiene un vínculo estrecho con otras áreas del derecho; en el ámbito de derecho público ciertamente con el derecho administrativo, pero también con muchas áreas de derecho privado como son el derecho corporativo, contractual, comercial, de libre competencia o de consumo. Estos vínculos no se pueden obviar cuando se conceptualiza el diálogo entre distintos actores nacionales e internacionales, como sugiere el ICCAL. En este sentido, se podría aprovechar la estructura conceptual del ICCAL para incorporar el análisis sobre el diálogo entre las distintas disciplinas del derecho, así como con el Poder Ejecutivo y, eventualmente, también los parlamentos, donde debiera ocurrir gran parte del desarrollo actual de la implementación de los Principios Rectores.

Segundo, estamos ante una aún mayor complejidad de los órdenes jurídicos nacionales e internacionales. El desarrollo normativo de ambas esferas en relación a las empresas y los derechos humanos aún se encuentra en su tierna infancia. A nivel internacional, aún sigue abierta la pregunta de cómo demandar a las empresas transnacionales que transgreden los derechos humanos. Entre otras cosas debido al hecho de que no se considera a las empresas transnacionales sujetos que tengan deberes en el derecho internacional, sino solo derechos,⁸² no está definida la responsabilidad extraterritorial de los Estados por no regular o regular deficientemente las

⁸¹ Góngora Mera, Manuel Eduardo, “Judicializando las desigualdades raciales en América Latina: un diálogo interamericano, Diálogo sobre diálogos jurisdiccionales”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (eds.), *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.

⁸² Letnar, Jerzej y Van Ho, Tara (eds.), *op. cit.*

actividades de las empresas que estén domiciliadas en sus territorios;⁸³ ni se definen las obligaciones en materia de cooperación bilateral o multilateral institucionalizada que sean necesarias para implementar la protección de los derechos humanos.

Al mismo tiempo, podría ser también que la creciente interacción entre el derecho corporativo y los derechos fundamentales en el nivel interno genere un mayor grado de comprensión conceptual, que podría reflejarse a nivel internacional y así ayudar a superar el desafío de la fragmentación del derecho internacional. Será un ámbito a estudiar en el futuro, y los conceptos acerca del “diálogo interamericano”⁸⁴ ciertamente serán de utilidad para describir y analizar los fenómenos que ocurran, especialmente porque el modelo dialógico y participativo permite dar cuenta de aprendizajes “en ambas direcciones”. En este sentido, se podría hablar de una reiteración en el tiempo de procesos que se pueden describir con el modelo de bumerán de Keck y Sikkink.⁸⁵

Además, el diálogo tendrá también lugar entre tribunales de *distintos* Estados, ya que la creciente urgencia de preguntas sobre la aplicación extraterritorial de ciertos estándares obligará a los tribunales de los países de origen de una empresa a mirar con detalle la argumentación de sus colegas en los países donde ocurre la inversión.⁸⁶ Dicho sea de paso, el enfoque que los Principios Rectores sitúan en la prevención podría generar la necesidad y oportunidad de desarrollar estándares más precisos en la jurisprudencia o en las observaciones generales de los órganos de tratados de la ONU.⁸⁷

⁸³ Véase entre otros Langford, Malcolm *et al.* (eds.), *Global Justice, State Duties: The Extraterritorial Scope of Economic, Social, and Cultural Rights in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013; De Vylder, Helena, “The Territorial Scope of the American Convention on Human Rights”, *Inter-American and European Human Rights Journal*, vol. 7, 2014, pp. 204-224.

⁸⁴ Góngora Mera, Manuel Eduardo, *op. cit.*

⁸⁵ Keck, Margaret y Sikkink, Kathryn, *Activists Beyond Borders. Advocacy Networks in International Politics*, Ithaca, Cornell University Press, 1998. Véase también una actualización a la luz del desarrollo doctrinario, Keck, Margaret y Sikkink, Kathryn, “Transnational Advocacy Networks in International and Regional Politics”, en Frederick, Brian y Diehl, Paul (eds.), *The Politics of Global Governance*, Boulder, Rienner, 2015.

⁸⁶ Para el debate sobre extraterritorialidad, que aquí no se puede profundizar, véase por ejemplo Milanovic, Marko, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2011, y Soboka, Takele, *The Extraterritorial Application of the Human Right to Water in Africa*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

⁸⁷ Aunque la jurisprudencia aún no se ha dedicado a discutir los estándares de prevención de manera más detallada, hay trabajo doctrinario reciente relevante en la materia. Véase especialmente Pisillo-Mazzeschi, Ricardo, *op. cit.*; De Sena, Pasquale, *op. cit.* Véase también Touzé, Sébastien, “La notion de prévention en droit international des droits de l’homme”, en Décaux, Emmanuel y Touzé, Sébastien (eds.), *La Prévention des Violations des*

Por último, como las herramientas de implementación de estándares en materia de empresas y derechos humanos son de los tres poderes, también participarán los actores involucrados en la administración y en el proceso legislativo. Además, deben participar en los diálogos pueblos indígenas, sindicatos, organizaciones de la sociedad civil, comunidades campesinas, pero también gremios empresariales, cámaras de comercio, aseguradoras, agencias de *rating*, bancos privados y públicos, organizaciones internacionales y financieras, etcétera.⁸⁸ Este diálogo se daría no solamente entre distintos actores, sino como un diálogo interdisciplinario entre la gestión de empresas, las finanzas y el derecho. Por ejemplo, los términos de *due diligence* y evaluación del riesgo son familiares en el mundo empresarial, con lo que se constituye un puente a través del cual los conceptos de derechos humanos “viajan”,⁸⁹ como diría Twining, y tienen el potencial de ser acogidos más fácilmente. En este sentido, el tema de empresas y derechos humanos permitirá y requerirá una ampliación y profundización del marco conceptual del ICCAL, al aplicar sus acervos teóricos más allá del diálogo judicial, extendiéndolo a actores que solo indirectamente, informalmente o incluso, en caso de tráfico de influencias, ilegalmente, participan del proceso legislativo.

2. *Inclusión social y no discriminación como elemento básico del enfoque sobre empresas y derechos humanos*

Una de las grandes contribuciones del derecho internacional de los derechos humanos es la prohibición de la discriminación —desde su expresión más cruda en el genocidio,⁹⁰ el apartheid⁹¹ o la persecución violenta de quienes

Droits de l'Homme. Actes du colloque des 13 et 14 juin 2013, París, Pédone, 2013, pp. 19-36. Igualmente, Ebert, Franz Christian y Sijniński, Romina, *op. cit.* Finalmente Stahl, Sandra, *Schutzpflichten im Völkerrecht – Ansatz einer Dogmatik*, Heidelberg, Springer, 2012; Xenos, Dimitris, *The Positive Obligations of the State under the European Convention on Human Rights*, Nueva York, Routledge, 2012.

⁸⁸ Véase Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Resolución 8/7, Mandato del representante especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales*, A/HRC/RES/8/7, 18 de junio de 2008, párr. 4, letra g).

⁸⁹ Twining, William, “Have Concepts, Will Travel: Analytical Jurisprudence in a Global Context”, *International Journal of Law in Context*, vol. 1, núm. 1, 2005, pp. 5-40.

⁹⁰ Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio, adoptada el 9 de diciembre de 1948, entrada en vigor el 12 de enero de 1951.

⁹¹ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado el 17 de julio de 1998, vigente desde el 1 de julio de 2002, artículo 7.1, letra j).

creen o viven distinto,⁹² hasta la discriminación racial⁹³ o por discapacidad en la contratación,⁹⁴ la discriminación de género en el pago de sueldos,⁹⁵ o la falta de promoción en la empresa por ser homosexual o transexual.⁹⁶ Pero se prohíbe también la discriminación indirecta que se genera si la legislación trata por igual, sin promover sus derechos, a quienes han sido históricamente perjudicados. Por ejemplo, si concibe a los territorios indígenas de la misma manera que a cualquier otra propiedad,⁹⁷ o si trata a los estudiantes provenientes de familias de escasos recursos de la misma manera, es decir, sin becas o apoyos, que a los que pueden pagar por cualquier colegio que quieran.⁹⁸ Lo último no se justificaría ante el derecho internacional de los derechos humanos. Esta sección reúne reflexiones sobre estos conceptos en el contexto de empresas y derechos humanos, a la luz de los resultados del estudio del caso chileno sobre esta materia.

En esta misma tradición, el ICCAL constata primero la necesidad del “reconocimiento” de las realidades (empíricas) de exclusión y desigualdad,⁹⁹ y de las estructuras de discriminación y desigualdad histórica, que influyen en cómo abordar un trato discriminatorio particular.¹⁰⁰ Ahora bien, ni el

⁹² Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará), adoptada el 6 de septiembre de 1994, vigente desde el 3 de mayo de 1995.

⁹³ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, adoptada el 21 de diciembre de 1965, vigente desde el 4 de enero de 1969.

⁹⁴ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada el 13 de diciembre de 2006, vigente desde el 3 de mayo de 2008.

⁹⁵ Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), adoptada el 18 de diciembre de 1979, vigente desde el 3 de septiembre de 1981, artículo 11.1, letra d).

⁹⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, *Observación General N° 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, párr. 32.

⁹⁷ Convenio sobre pueblos indígenas y tribales núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo, adoptado el 27 de junio de 1989, en vigor desde el 5 de septiembre de 1991, artículos 7.1, 13-19.

⁹⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, *Observación General N° 20...*, *cit.*, párr. 35; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, *Observación General N° 13: El Derecho a la Educación (artículo 13)*, E/C.12/1999/10, 8 de diciembre de 1999, párr. 26.

⁹⁹ von Bogdandy, Armin, “*Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo...*”, *cit.*, p. 19.

¹⁰⁰ Aldao, Martín y Clérico, Laura, “De la inclusión como igualdad en clave de redistribución/reconocimiento. Rasgos, potencialidades y desafíos para el derecho constitucional interamericano”, en Fix-Fierro, Héctor *et al.* (eds.), *Ius constitutionale commune en América Latina*.

derecho internacional de los derechos humanos ni el ICCAL se pronuncian a favor de un modelo económico específico que fuese el único compatible con los estándares o el modelo.¹⁰¹ Lo que sí destacan es que la superación de las estructuras discriminatorias actuales no es posible si el sistema sigue sin cambio alguno. Así, el ICCAL conlleva un “escepticismo” ante los efectos nocivos sobre la igualdad que genera la liberalización de comercio e inversiones y, en este sentido, el DEI.¹⁰²

En el ámbito concreto de “empresas y derechos humanos”, si bien los mismos Principios Rectores son débiles en su definición de la discriminación,¹⁰³ la no discriminación por las causas prohibidas del derecho internacional de los derechos humanos es parte de las obligaciones básicas en relación a todos los derechos, incluyendo los DESC.¹⁰⁴

Rasgos, potencialidades y desafíos, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 221. Véase también Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, *Observación General N° 20...*, *cit.*, párrs. 8-9.

¹⁰¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, *Observación General N° 3: La Índole de las Obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, E/1991/23, 14 de diciembre de 1990, párr. 8; véase también von Bogdandy, Armin, “*Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo...*”, *cit.*, p. 15; von Bogdandy, Armin *et al.*, “*Ius Constitutionale Commune en América Latina. A Regional Approach...*”, *cit.*, p. 4; eso no significa que no haya ninguna crítica al sistema económico actual, por sus consecuencias violatorias en situaciones particulares, véase Relator especial sobre el derecho a la educación, *Informe del relator especial sobre el derecho a la educación*, Documento A/69/402, 24 de septiembre de 2014; relator especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, *Informe del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos*, Philip Alston, A/HRC/29/31, 27 de mayo de 2015.

¹⁰² von Bogdandy, Armin, “*Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo...*”, *cit.*, p. 26.

¹⁰³ Paul, Geneviève y Schönsteiner, Judith, “*Transitional Justice and the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*”, en Michalkowski, Sabine (ed.), *Corporate Accountability in the Context of Transitional Justice*, Nueva York, Routledge, 2013, p. 76.

¹⁰⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, *Observación General N° 13...*, *cit.*, párr. 39; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, *Observación General N° 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 42; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, *Observación General N° 15: El Derecho al Agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E/C.12/2002/11, 20 de enero de 2003; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, *Observación General N° 19: El Derecho a la Seguridad Social (artículo 9)*, E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008, párrs. 45-46 y 78.

Lo que es clave para remediar la discriminación estructural¹⁰⁵ es la creación de estrategias (“adoptar medidas positivas”)¹⁰⁶ para cerrar las brechas entre los grupos discriminados y los demás, con base a un levantamiento de datos desagregados por categorías sospechosas. El proceso también debe contemplar la prescrita participación de la población, especialmente aquella directamente afectada.¹⁰⁷ Un mecanismo de este tipo es, por ejemplo, la consulta previa, libre e informada, consagrada en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y especificada en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del 2007 y en la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2016,¹⁰⁸ que requiere, entre otros aspectos, que los pueblos indígenas puedan participar “con igualdad de oportunidades” (Artículo XXI.2 Declaración Americana) en la toma de decisiones en el Estado donde se hallan.¹⁰⁹ En este sentido, concordamos con Aldao y Clérico, quienes sostienen que las consecuencias de la desigualdad estructural de Latinoamérica no podrán ser “revertid[a]s de forma individual”.¹¹⁰

El ICCAL podría reflejar este aspecto de los estándares internacionales ante la desigualdad económica, integrando en sus modelos una sistematización de las reglas mínimas de un diálogo multiactor sobre empresas y derechos humanos. Estas reglas mínimas incluirían, por lo menos, el igual acceso a la información sobre el impacto de la regulación económica o de los proyectos de inversión, así como los ajustes en cuanto a los tiempos, los plazos y las condiciones materiales y educacionales del diálogo, para asegurar que los y las más vulnerables puedan participar en igualdad de condiciones con

¹⁰⁵ Pelletier, Paola, “La discriminación estructural en la evolución jurisprudencial de la Corte IDH”, *Revista IIDH*, núm. 60, julio-diciembre de 2014, pp. 206 y 207. Véase también Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, *Observación General N.º 20...*, *cit.*, párrs. 28 y 39; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2006, artículo 5.

¹⁰⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, *Observación General N.º 20...*, *cit.*, párr. 28; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, *Observación General N.º 5: Las Personas con Discapacidad*, E/1995/22, 9 de diciembre de 1994, párr. 5.

¹⁰⁷ Véase por ejemplo Convenio sobre pueblos indígenas y tribales núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo, artículo 6.

¹⁰⁸ Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, AG/RES. 2888 (XLVI-O/16), 14 de junio de 2016, artículos XVIII, párr. 4; XX, párr. 4; XXIII, párr. 2; XXVIII, párr. 3; XXIX, párr. 4.

¹⁰⁹ Se ha criticado el mismo proceso de consultas durante el mandato del representante general por no haber permitido la participación de la sociedad civil en igualdad de condiciones; véase por ejemplo Melish, Tara y Meidinger, Errol, *op. cit.*

¹¹⁰ Aldao, Martín y Clérico, Laura, *op. cit.*, pp. 229 y 230.

los actores más poderosos. Finalmente, debería abarcar el rol del Estado como garante de los procesos y de la eficacia de los resultados del diálogo.¹¹¹

3. *Iniciativas de políticas públicas: hacia una “transformación real e incremental”*

El ICCAL identifica como una de sus características normativas la “transformación real e incremental”¹¹² de las realidades latinoamericanas de derecho público, a partir de un diálogo entre jueces internos e internacionales o regionales sobre derechos humanos, Estado de derecho y democracia¹¹³ que se sostiene en el tiempo. Por ello este concepto parece ser útil a primera vista para analizar el proceso de negociación y adopción de políticas públicas. Al mismo tiempo, hay reglas claras sobre la progresividad y la no-regresividad de la implementación a partir del artículo 2 del PIDESC, incluyendo las excepciones a este principio: las obligaciones básicas o inmediatas que no están sujetas a la progresividad ni a la disponibilidad de recursos.¹¹⁴ Además, en relación con las cinco categorías de derechos humanos, hay obligaciones de resultado que no permiten incrementalidad o postergación de su cumplimiento.¹¹⁵ Es clave para la comprensión de una “transformación real e incremental” y para la definición de los Planes de Acción Nacional que estas prioridades sean tratadas como tales.¹¹⁶

La consagración de la no discriminación y de un enfoque en derechos humanos es una tarea transversal del Estado, también en el ámbito de

¹¹¹ Estos elementos se inspiran en el derecho a la participación, y en su especificación en la consulta previa, libre e informada. Véase por ejemplo Corte IDH, *Caso Kaliña Lokono v. Surinam*, *op. cit.*; Corte IDH, *Caso Sarayaku v. Ecuador*, *op. cit.*

¹¹² von Bogdandy, Armin, “*Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo...*”, *cit.*, p. 20.

¹¹³ *Ibidem*, p. 22; véase también Aldao, Martín y Clérico, Laura, *op. cit.*; Morales, Mariela, “El nuevo paradigma de la apertura de los órdenes constitucionales: una perspectiva sudamericana”, en von Bogdandy, Armin y Serna de la Garza, José María, *Soberanía y Estado abierto en América Latina y Europa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pp. 233-282.

¹¹⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, *Observación General N° 3...*, *cit.*, párr. 9; y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, *Observación General N° 9: La Aplicación Interna del Pacto*, E/C.12/1998/24, 3 de diciembre de 1998, párr. 10.

¹¹⁵ Pisillo Mazzeschi, Ricardo, *op. cit.*, pp. 175-506.

¹¹⁶ Véase para la definición de prioridades, las contribuciones en Saul, Ben y Kinley, David, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Commentary, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2014; Riedel, Eibe y Gilles, Giacca, *Economic, Social and Cultural Rights in International Law: Contemporary Issues and Challenges*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

la regulación de las actividades empresariales. Aún más así, porque la regulación corporativa, comercial y de inversiones, con excepción de los derechos laborales, es en sus orígenes ajena al discurso de los derechos humanos.¹¹⁷ De esta forma, la coordinación política queda recogida en el octavo Principio Rector como elemento clave para la realización concreta de las obligaciones estatales.

La coordinación política, en Chile, se dificultó por la ausencia de un Plan de Acción Nacional en materia de derechos humanos, que no fue aprobado hasta diciembre de 2017, después de haber sido elaborado por la Subsecretaría de Derechos Humanos.¹¹⁸ Además, la coordinación política tropieza con las resistencias de ciertos actores del diálogo, especialmente de quienes tienen una visión general de la economía y del quehacer empresarial definida por la intervención mínima del Estado. Además, dependerá de las situaciones específicas en las que se ubiquen la apertura y la resistencia u oposición a los Planes de Acción Nacional y a la implementación de estándares de derechos humanos para la actividad empresarial. Por ejemplo, en Alemania, fue el Ministerio de Hacienda¹¹⁹ y, por lo que se denuncia, el lobby empresarial el que influyó el proceso, hasta tal punto que su carácter participativo y transparente se abandonó a mitad de camino.¹²⁰ El Plan de Acción Nacional alemán fue finalmente adoptado el 21 de diciembre de 2016.¹²¹

En todo caso, parecería necesario que después de las negociaciones de las medidas concretas de un Plan de Acción Nacional, un órgano competente e independiente —por ejemplo, la institución nacional de derechos humanos— elabore un informe para el gobierno sobre la conformidad de las distintas medidas del Plan de Acción Nacional con el derecho internacional

¹¹⁷ Para una lectura distinta, véase Petersmann, Ernst-Ulrich, “Why Justice and Human Rights Require Cosmopolitan International Economic Law”, en Lenzerini, Federico y Vrdo-ljak, Ana Filipa (eds.), *International Law for Common Goods: Normative Perspectives on Human Rights, Culture and Nature*, Oxford, Hart Publishing, 2014, pp. 117-135.

¹¹⁸ Véase <http://www.minjusticia.gob.cl/subsecretaria-de-derechos-humanos/>.

¹¹⁹ Véase CorA Netzwerk/Forum für Menschenrechte/Venro, *Bundesregierung verabschiedet schwachen Nationalen Aktionsplan Wirtschaft und Menschenrechte*, comunicado de prensa del 21 de diciembre de 2016, disponible en: <http://venro.org/presse/?presseUID=99&v=10&cHash=655c1ce2474aab57f09759ca10e081e7>.

¹²⁰ Véase, por ejemplo, <http://www.ipg-journal.de/schwerpunkt-des-monats/wirtschaft-und-menschenrechte/artikel/detail/der-nicht-aktions-plan-1781/>. Agradezco la discusión con Franz Ebert sobre el punto.

¹²¹ Véase <https://business-humanrights.org/de/deutschland-auswaertiges-amt-schliesst-konsultations-phase-zum-nationalen-aktionsplan-zu-wirtschaft-und-menschenrechten-ab>. El Plan de Acción Nacional fue criticado inmediatamente como “débil” por parte de organizaciones de la sociedad civil que habían participado en el proceso de consultas.

de los derechos humanos.¹²² Dicho de otra manera, se requiere de un control de convencionalidad legislativo y administrativo,¹²³ que asegure que las políticas que se adopten en materia empresarial respeten los derechos humanos, especialmente aquellos de grupos vulnerables o históricamente discriminados. Idealmente, además, se priorizarían las medidas que tengan que ver con los impactos más dañinos, es decir, que afecten al núcleo de los derechos.

Finalmente, el derecho internacional de los derechos humanos parte de la premisa de que el derecho a la participación y el acceso a la información deben garantizarse para las personas potencialmente afectadas por proyectos empresariales, según su origen étnico también en forma de consulta previa, libre e informada. La concreción de esta obligación aún busca su mejor forma en Latinoamérica. Volviendo una vez más a Chile, un país en general atrasado en cuanto a la participación ciudadana,¹²⁴ una iniciativa piloto se está llevando a cabo en el Consejo de Producción Limpia de Chile, donde se adoptó una guía para la elaboración participativa de Acuerdos de Pre-Inversión, que en parte responde a los requisitos que éstos acuerdos deberían tener según el derecho internacional.¹²⁵ En este sentido, estos acuerdos podrían constituir el inicio de una “transformación real e incremental” que, mediante un estándar posteriormente vinculante incorporado en los procedimientos de consulta previa, libre e informada, podría dar cumplimiento a la exigencia de hacer participar a los pueblos desde la fase de diseño del proyecto.

¹²² El Instituto Alemán de Derechos Humanos se distanció del National Baseline Assessment después de las negociaciones con los distintos actores, indicando que no todos sus elementos representan la postura del Instituto. Véase Deutsches Institut für Menschenrechte, *National Baseline Assessment*, 2015, disponible en: <http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/publikationen/show/national-baseline-assessment-umsetzung-der-un-leitprinzipien-fuer-wirtschaft-und-menschenrechte/>.

¹²³ Este concepto ha sido planteado, por ejemplo, en Corte IDH, *Caso Gelman v. Uruguay*, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221, párr. 193.

¹²⁴ Delamaza, Gonzalo, “Espacio público y participación ciudadana en la gestión pública en Chile: límites y posibilidades”, *Polis, Revista de la Universidad Bolivariana*, vol. 10, núm. 30, 2011, pp. 45-75.

¹²⁵ Para estándares aplicables a Chile, véase Barros, Alonso y Schönsteiner, Judith, “Diligencia debida: proyectos de inversión, propiedad sobre los recursos naturales y consulta libre, previa e informada a los pueblos y comunidades indígenas concernidos”, en Vial Solar, Tomás (ed.), *Informe anual sobre derechos humanos en Chile*, Santiago de Chile, Ediciones UDP, 2014, pp. 203-244.

IV. CONCLUSIONES

Varios son los problemas reales de violaciones a los derechos humanos en relación con las empresas que aún no han encontrado solución —prevención o reparación— por razones tales como la falta de jurisdicción, la falta de ayuda legal, la corrupción de actores judiciales, los problemas de extraterritorialidad, la definición de derechos o el velo corporativo, que tienden a impedir el acceso a la justicia.

La normativa nacional e internacional que se está desarrollando para responder a estos desafíos es incipiente y aún tiene múltiples lagunas. Las obligaciones estatales principalmente consisten en adecuar la normativa interna —incluyendo la constitucional— a los estándares de derechos humanos consagrados en los tratados ratificados por cada Estado. Estas obligaciones se extienden hacia los actores privados mediante la regulación de sus actividades, para evitar impactos sobre los derechos humanos. Así, se habla de las obligaciones relacionadas con el efecto horizontal de los derechos humanos. Esto significa que debe existir un sistema de fiscalización de los actores que actúe preventivamente, así como *ex post*, y un sistema de acceso a la justicia en igualdad de condiciones para todos y todas. Mientras en este ámbito las obligaciones están bastante claramente definidas, los obstáculos se encuentran en su implementación eficaz y en su aplicación extraterritorial.

Las responsabilidades directas que tienen las empresas transnacionales en el derecho internacional aún no son reconocidas como obligaciones vinculantes. Los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos solamente resultan vinculantes en cuanto recogen —y esto parcialmente— obligaciones *estatales* en materia de empresas y derechos humanos. Los Estados tienen el deber de proteger a los particulares de violaciones por parte de otros actores privados; deben actuar con debida diligencia para proveer el acceso efectivo a la justicia y deben adoptar todas las medidas razonables de prevención para que no se violen los derechos humanos. Adicionalmente, las normas sobre obligaciones extraterritoriales de los Estados en los Principios Rectores han sido recogidas en un lenguaje muy débil; y los foros de adjudicación de asuntos comerciales y de inversiones no reconocen el derecho internacional de los derechos humanos como derecho aplicable.

Como he argumentado en esta contribución, el ICCAL puede ser útil para conceptualizar el diálogo multiactor que ocurre en el ámbito de las empresas y los derechos humanos. Además, la prohibición de discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos, que se aplica igualmente en relación a los impactos empresariales, queda reflejada en el

enfoque del ICCAL en los temas de inclusión y no discriminación. La tendencia del ámbito de las empresas y los derechos humanos de concentrarse en el *policy-making* — más que en los tribunales — constituye, como he tratado de mostrar, una muestra de la transformación incremental del derecho y de la sociedad. Esta transformación está solo en parte gestada por los jueces nacionales o internacionales, y así el fenómeno invita al ICCAL a tomar en cuenta actores que antes no había estudiado en profundidad, así como a modelar sus relaciones como diálogo en torno a los derechos humanos.

Estamos entonces ante un diálogo emergente entre actores nacionales, transnacionales e internacionales que buscan a definir el alcance de las obligaciones estatales y empresariales, tal y como lo permite conceptualizar el ICCAL. Sin embargo, no solo es un diálogo entre jueces y juezas nacionales e internacionales; más bien participa un gran abanico de otros actores, desde el ejecutivo, los gremios empresariales, la sociedad civil y, para las necesarias reformas legislativas, también los Congresos, árbitros y aseguradoras.

El ICCAL, además, contribuye al debate sobre la incorporación de la perspectiva de derechos humanos en la actividad empresarial y en la regulación económica, con conceptos principales adicionales como la inclusión y la no discriminación, la “transformación real e incremental” de las circunstancias y la participación de las víctimas potenciales o reales de violaciones de derechos humanos, recogiendo las obligaciones respectivas que determina el derecho internacional.

Hay, sin embargo, elementos que el ICCAL aún no ha abordado. Ciertamente, logra conceptualizar los diálogos fuera del diálogo entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos; pero también se podría abrir a otras ramas del derecho y estudiar cómo ese diálogo entre los jueces de la respectiva jurisdicción y los jueces internacionales se desarrolla. Además, sería de gran provecho analizar cómo se desarrolla el diálogo en materia de empresas y derechos humanos entre los jueces internacionales y el ejecutivo o los Congresos, además del diálogo con actores interesados de la sociedad civil y del mundo empresarial. Sin embargo, el diálogo informal entre *stakeholders* no puede garantizar la correcta aplicación de los estándares, y el derecho internacional de los derechos humanos llama a una revisión de los resultados del diálogo a la luz del mismo, tal como lo practica, por ejemplo, la CIDH en relación a los acuerdos de solución amistosa que se negocien en su seno. Para la garantizar dicha aplicación, se requiere la actividad de (también) órganos judiciales y administrativos.

Tal como señala Manuel Eduardo Góngora Mera en el presente volumen, el rol de los árbitros que adjudican casos de derecho internacional comercial o de inversiones podría convertirse en clave. En la medida en que

los tratados internacionales económicos contengan cláusulas ambientales, sociales o de derechos humanos, los árbitros tendrán que pronunciarse sobre temas de empresas y derechos humanos. Considerando la seguridad jurídica, sería por lo menos deseable que lo hicieran apoyándose en la jurisprudencia existente adoptada por los tribunales internacionales y regionales y los órganos de tratados de derechos humanos, la voz autorizada en materia de interpretación.¹²⁶ No obstante, es sabido que los árbitros han tenido dificultades con la incorporación interpretativa de conceptos ajenos al DEI.¹²⁷ En este sentido, todavía no han hecho parte de un diálogo multiactor sobre derechos humanos, a pesar de argumentos doctrinales y algunas decisiones que consideran que la *lex arbitri* puede perfectamente recoger estas normas.¹²⁸

En este contexto, hay un problema no menor que resolver: aunque la interpretación de los respectivos órganos de tratado y de los tribunales, como la Corte IDH, sea la más autoritativa que tengamos, el sistema internacional de derechos humanos no dispone de una autoridad/jerarquía que pueda asegurar que ésta sea la interpretación que también apliquen los paneles arbitrales. La falta de diálogo entre jueces de derechos humanos y árbitros podría en este caso conllevar —y eso queda ciertamente por desarrollar y comprobar— un *interpretation-shopping* en materia de empresas y derechos humanos, que podría no solo reflejarse en los árbitros que escojan las partes (más o menos favorables a los derechos humanos), sino también en una fragmentación reforzada del derecho internacional.

¹²⁶ Véase especialmente Orakhelashvili, Alexander, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008. Una tal visión del derecho internacional, a mi entender, no se contradice con el ICCAL, ya que los principios y conceptos que lo constituyen están consagrados en el derecho internacional

¹²⁷ Véase por ejemplo Hestermeyer, Holger, *Human Rights and the WTO*, Oxford, Oxford University Press, 2007; Leader, Sheldon, “The Collateral Protection of Rights in a Global Economy”, *New York Law School Review*, vol. 53, 2008/2009, p. 805.

¹²⁸ Véase por ejemplo Dupuy, Pierre-Marie y Viñuales, Jorge E., “Human Rights and Investment Disciplines: Integration in Progress”, en Bungenberg, Marc *et al.* (eds.), *International Investment Law*, Baden-Baden, Nomos, 2015, pp. 1739-1767.

CUARTA PARTE
LA RELACIÓN ENTRE ICCAL Y DERECHO INTERNACIONAL
DE INVERSIONES EN PARTICULAR

EL *IUS CONSTITUTIONALE COMUNE*
FRENTE AL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES.
DESAFÍOS EN LA CONSTRUCCIÓN DE PRINCIPIOS COMUNES

José Gustavo PRIETO MUÑOZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Características del Derecho Internacional de Inversiones*. III. *Escenarios conceptuales frente al DII*.

I. INTRODUCCIÓN

La idea del *Ius Constitutionale Commune* en derechos humanos en América Latina (ICCAL) supone un cambio fundamental en la forma de pensar el derecho público, al replantear el rol mismo del Estado frente a la globalización. Por lo tanto, debe analizarse desde un contexto global frente a otros procesos y desarrollos normativos de gobernanza económica.

En particular, el espacio jurídico global ha visto el surgimiento de un régimen internacional estudiado bajo el nombre de “derecho internacional de las inversiones” (DII). Este régimen es parte de un universo normativo compuesto por una red de más de 3,200 tratados bilaterales o regionales¹ que regulan la inversión extranjera directa. Este universo es a su vez la base sobre la cual se ha fundamentado un considerable número de arbitrajes internacionales público-privados. Actualmente, de acuerdo a los reportes de

* Investigador posdoctoral en la Universidad de Turín, Italia. Doctor (PhD) en Derecho Corporativo y Economía por la Universidad de Verona, Italia, y abogado y Doctor en Jurisprudencia en Quito, Ecuador. El presente artículo contiene algunas de las reflexiones presentadas en la ponencia “Buscando legitimidad en el pluralismo global: el ICCAL y la construcción de principios regionales de inversión” dentro del evento „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)”, del 5 de diciembre de 2015.

¹ United Nations Conference On Trade And Development (UNCTAD), *IIA Issues Note: Recent Developments in the International Investment Regime*, 2018, disponible en: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2018d1_en.pdf.

la UNCTAD, se conoce de la existencia de 855 casos de arbitraje internacional de inversiones,² de los cuales al menos 65 fueron iniciados en el 2017,³ lo cual demuestra una tendencia creciente en el uso de este mecanismo. Dentro de estos casos, los países latinoamericanos han sido demandados en al menos 233 ocasiones,⁴ lo que demuestra la importancia global del arbitraje de inversiones en América Latina. Otra característica que hace a la región latinoamericana relevante es el hecho de que los asuntos relacionados con este régimen de inversiones han trascendido de ser temas técnicos para entrar en el debate público e incluso en la esfera constitucional, como en el caso de Ecuador y Bolivia.

El impacto del régimen internacional de inversiones en la región genera una serie de interrogantes para el ICCAL. Es en este contexto que el presente artículo expone las bases conceptuales sobre las cuales puede ser re-pensada la relación entre el ICCAL y el DII. A continuación (sección II), se analiza brevemente la naturaleza y características del DII dentro del espacio jurídico global, explicando primero la dimensión transnacional donde opera el DII, compuesta por la interacción de comunidades legales y epistémicas, que han dado forma a una base jurisprudencial que es el centro del derecho internacional de inversiones. Posteriormente en esta sección se establecerá que el arbitraje de inversiones puede ser mejor entendido no solo como mecanismo de solución de controversias, sino como un ejercicio de autoridad pública fuera del Estado. Finalmente (Sección III), se expondrán tres escenarios de reacción al ejercicio de autoridad pública internacional dentro del DII en América Latina, siendo el tercero de estos el que más favorece una posible relación entre el DII y el ICCAL. En este contexto, se argumentará sobre la necesidad de unificación regional de un discurso jurídico que sirva como puente para que objetivos fundamentales del ICCAL —como la inclusión— sean internalizados en el DII. De esta forma se puede evitar que la autoridad ejercida por árbitros de inversiones termine menoscabando los objetivos fundamentales del ICCAL.

² UNCTAD, *IIA Issues Note: Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2017*, 2018, disponible en: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2018d2_en.pdf.

³ *Idem*.

⁴ El número de casos por país: Argentina 60, Venezuela 44, México 27, Ecuador 23, Bolivia 14, Perú 13, Costa Rica 9, República Dominicana 5, Panamá 8, Paraguay 3, El Salvador 3, Chile 5, Guatemala 3, Uruguay 3, de acuerdo a la información publicada por UNCTAD en <http://investmentpolicyhub.unctad.org>, junio de 2018.

II. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES

Una primera aproximación al DII es tratarlo dentro de la metodología clásica del derecho económico internacional (DEI), es decir, como un conjunto de “normas de derecho internacional público que afectan directamente a los intercambios económicos entre los sujetos del derecho internacional”.⁵ Bajo este punto de vista, el DII consiste por un lado de las normas procesales contenidas en tratados como el CIADI o en las reglas de arbitraje de la UNCITRAL; y por otro lado de normas sustantivas de tratados bilaterales o regionales referidos como Acuerdos Internacionales de Inversiones (AII).⁶

El conjunto de estos tratados constituye la dimensión normativa del régimen internacional de inversiones. Los AII fueron impulsados por Estados europeos desde los años sesenta, principalmente con Estados en vías de desarrollo, pero luego su uso se transformó en una práctica general en la comunidad internacional.

El primer Estado en desarrollar un programa de negociación y posteriormente celebrar un tratado bilateral de inversiones (TBI) fue Alemania en 1959, primero con Pakistán⁷ y posteriormente con la República Dominicana el mismo año.⁸ Después de Alemania, una serie de Estados europeos empezaron a impulsar el mismo tipo de TBI: Francia celebró su primer TBI con Chad (1960), Suiza con Túnez (1961), Países Bajos también con Túnez (1963) e Italia con Guinea (1964), para luego extenderse como una práctica de la mayor parte de Estados del continente.⁹

El uso de este tipo de tratados se debió principalmente a dos razones. En primer lugar, los TBI fueron un mecanismo eficaz ante los continuos fracasos de iniciativas para alcanzar un acuerdo multilateral sobre la materia. En segundo lugar, este tipo de tratados fueron en su momento un medio más eficaz que la otra alternativa bilateral de esa época, los denominados Acuerdos de Amistad, Comercio y Navegación.¹⁰

⁵ Traducción del autor de Seidl-Hohenveldern, Ignaz, *International Economic Law*, La Haya, Nijhoff, 1989, p. 1.

⁶ El uso de “Acuerdos Internacionales de Inversiones” se refiere a normas de derecho internacional que comparten una estructura común, como por ejemplo Tratados Bilaterales de Inversiones (TBI) y también capítulos de inversión dentro de Tratados de Libre Comercio (TLC).

⁷ Vandevelde, Kenneth J., *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 1.

⁸ *Ibidem*, p. 54.

⁹ *Ibidem*, p. 55.

¹⁰ Los Acuerdos de Amistad, Comercio y Navegación venían celebrándose desde el siglo XIX y cubrían varias actividades económicas a parte de inversión. Ya en la segunda mitad

1. *Dimensión transnacional del régimen de inversiones*

En los años noventa la negociación de nuevos TBI incrementó significativamente. Una razón para ello fue que los flujos de inversión extranjera se cuadruplicaron durante esa década,¹¹ creando la necesidad para los países exportadores de capital de contar con una herramienta de protección. Esta necesidad se tradujo en un interés de países exportadores de que la inversión extranjera fuera cubierta por los TBI, y es en este momento cuando América Latina se inserta en la dinámica del uso de tratados bilaterales. Actualmente, la mayor cantidad de conflictos de inversión en la región surgen de TBI celebrados o negociados en la década de los noventa, no solo con Estados económicamente dominantes, sino en gran cantidad entre los propios Estados latinoamericanos.¹²

En la primera década del siglo XXI el régimen originalmente compuesto de tratados bilaterales se tornó más complejo al crecer exponencialmente el número de procesos arbitrales entre Estado e inversionistas. Así, en toda la década de los noventa existieron 42 procesos arbitrales, mientras que solo en los seis primeros años del nuevo siglo se conocieron de 174 casos.¹³ Estas y las siguientes decisiones arbitrales de este siglo se conectan frecuentemente unas con otras con cierta coherencia sistémica, desarrollando una serie de conceptos y principios a través del diálogo —a veces caótico— entre los diferentes tribunales arbitrales.

Este desarrollo sistémico, que incluye el diálogo entre árbitros sobre principios y conceptos dentro del universo de decisiones arbitrales de los últimos años, no puede ser explicado únicamente desde la metodología clásica del DEI, que se centra en la dimensión normativa del régimen. Por lo

del siglo XX solo la Unión Soviética y los Estados Unidos continuaban impulsándolos. Sin embargo, los tratados bilaterales europeos fueron ganando terreno ya que se centraban exclusivamente en inversión, lo que hacía más rápida su negociación. *Ibidem*, p. 49.

¹¹ Dolzer, Rudolf y Schreuer, Christoph, *Principles of Investment Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2008, p. 1.

¹² Existen al menos 18 casos ante tribunales arbitrales de inversores latinoamericanos contra países latinoamericanos: inversores de Argentina: *Conviaf Callao v. Perú*, *Talsud v. México*; inversor de Bolivia: *Globalnet v. Ecuador*; inversores de Chile: *Flughafen Zürich v. Venezuela*, *Quiborax v. Bolivia*, *CGE v. Argentina*, *Enerdis v. Argentina*, *Industria Nacional de Alimentos v. Perú*, *Metalpar v. Argentina*, *Empresa Nacional de Electricidad v. Argentina*; inversores de Perú: *Oilanking v. Bolivia*, *Olguin v. Paraguay*; inversor de Costa Rica: *Álvarez y Marín Corporación and others v. Panamá*; inversores de Panamá: *Silverton v. Dominican Republic*, *Shanara and Marfield v. Mexico*, *Highbury v. Venezuela*, *Highbury International v. Venezuela*; inversor de México: *América Móvil v. Colombia*.

¹³ Para información estadística detallada, véase <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByYear>.

expuesto, es necesario ir más allá del análisis de la dimensión normativa del DII, para entenderlo y explorar una dimensión transnacional epistémica, que es donde se ha generado un tipo especial de autoridad pública en el espacio jurídico global.

Por lo tanto, una segunda aproximación al DII permite establecer la existencia de una dimensión transnacional epistémica que es consecuencia de un quiebre de la lógica inter-estatal¹⁴ del derecho internacional en los últimos años. Entender esta segunda dimensión es parte del desafío para repensar la relación con el ICCAL.

El punto de partida de esta dimensión transnacional fue el caso *de Asian Agricultural Products (AAPL) contra Sri Lanka*, el primer arbitraje contemporáneo derivado de un tratado bilateral de inversiones,¹⁵ y adicionalmente un caso emblemático sobre la responsabilidad internacional de un Estado durante un conflicto armado, la guerra civil de Sri Lanka.¹⁶ Adicionalmente, este caso representa un cambio cualitativo sobre el fondo de las disputas de inversión. Antes del caso AAPL las disputas sobre inversiones se habían centrado en discusiones sobre la legalidad de expropiaciones y la obligación de reclamar indemnización por parte de extranjeros.

Todo esto cambió luego de AAPL, donde no se discutía una medida expropiatoria clara, ni siquiera un abuso de poder del Estado. Por el contrario, el mismo tribunal del caso reconoció la gravedad de la situación durante el conflicto armado, pero evaluó de todas formas al detalle las acciones y omisiones para determinar la existencia de responsabilidad internacional.

A partir del caso de AAPL, los Estados que mediante la firma de AII entraron en la dimensión normativa del régimen internacional de inversiones

¹⁴ Una primera observación sobre el quiebre de la lógica inter-estatal fue el aporte del diplomático y jurista neoyorquino Philip Jessup, quien en 1956 propuso por primera vez la idea de lo “transnacional” para describir desarrollos normativos que no se encasillaban dentro del derecho nacional o internacional. Véase Jessup, Philip C., *Transnational Law*, Yale, Yale University Press, 1956, pp. 2 y 3.

¹⁵ *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*, Caso CIADI n° ARB/87/3, laudo de 27 junio de 1990, párr. 18.

¹⁶ El proceso arbitral surgió como consecuencia de la destrucción de una camaronera, propiedad de la sociedad *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL)*, en enero de 1987, durante una operación armada del gobierno de Sri Lanka en contra de los grupos Tamiles que operaban en el norte del país. Seis meses después el inversor inició un proceso arbitral reclamando una indemnización por la destrucción de la propiedad. En su laudo el tribunal, en un extenso razonamiento, determinó la existencia de responsabilidad internacional por parte del Estado de Sri Lanka, por falta de la “diligencia debida”, al no notificar al inversor de que el día de la destrucción de la camaronera existiría un operativo del ejército. Véase *ibidem*, párrs. 3, 64 y 85.

comenzaron a perder una parte del control del régimen, que no puede ser visto solamente como un mecanismo para resolver disputas, sino como un ejercicio de autoridad pública que evalúa íntegramente las actuaciones de un Estado.

En los años siguientes al caso AAPL existieron pocos arbitrajes de inversiones, pero el número de procesos empezó a incrementarse, en gran parte debido a la entrada en vigor en 1994 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), que contiene un capítulo de inversión.¹⁷ Otro factor que influyó en el aumento del arbitraje fue la crisis económica de Argentina a finales de los noventa, que desató múltiples procesos, fundamentados especialmente en el TBI entre Estados Unidos y Argentina.

Como resultado, en los primeros cinco años del siglo XXI ya se habían iniciado más de doscientos casos de arbitrajes de inversión¹⁸ y se empezó a decidir una gran cantidad de ellos, consolidando en 2005 un universo considerable de decisiones arbitrales.¹⁹ Se pueden considerar estos primeros años del siglo como el nacimiento del DII también como disciplina académica.²⁰

En los siguientes años el uso de arbitraje de inversiones continuó; en el periodo del 2006 al 2017 se han registrado 638 casos. Sin embargo, el número de árbitros y operadores del sistema ha sido de cierta forma reducido, ya que

¹⁷ Desde 1987, año en que inició el proceso AAPL, hasta el año 1994, cuando entró en vigencia el TLCAN, se conocen solamente 3 casos de arbitraje de inversiones: *American Manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire* (Caso CIADI n° ARB/93/1); *Philippe Gruslin v. Malaysia* (Caso CIADI n° ARB/94/1); *Saar Papier Vertriebs GmbH v. Republic of Poland* (Final Award, 1995) UNCITRAL.

¹⁸ Hasta 2005 el número de casos iniciados fue de 217; base de datos de la UNCTAD, disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByYear>.

¹⁹ En el periodo 2000 – 2005 se conocen 88 decisiones arbitrales; base de datos de la UNCTAD, disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByYear>.

²⁰ Un grupo de autores fueron particularmente influyentes. En primer lugar, Rudolf Dolzer y Margrete Stevens, con la publicación de *Bilateral Investment Treaties*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 1995; Muthucumaraswamy Sornarajah con *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, La Haya, Kluwer Law International, 2000, y Christoph Schreuer con *The ICSID Convention*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001. La literatura de América Latina durante esa época se desarrolló más sobre temas específicos como los procesos argentinos luego de la crisis. Por ejemplo: All, Paula M., “Casos de arbitrajes CIADI en materia de inversiones extranjeras en los cuales el Estado argentino es parte”, *Solución de controversias*, Buenos Aires, Zavalía, 2004, pp. 385-392; Rábago Dorbecker, Miguel, “Jurisprudencia del CIADI en materia de inversiones extranjeras”, *DeCita: Derecho del Comercio Internacional*, núm. 1, 2004, pp. 379-384; Rodríguez Jiménez, Sonia, “Jurisprudencia del CIADI en materia de inversiones extranjeras”, *DeCita: Derecho del Comercio Internacional*, núm. 3, 2005, pp. 285-308; Rodríguez Jiménez, Sonia, “Los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones como vía de acceso al CIADI”, *DeCita: Derecho del Comercio Internacional*, núm. 3, 2005, pp. 119-149.

se ha consolidado una comunidad transnacional especializada en la materia. Esto se explica en parte porque a pesar de que exista un gran número de casos, estos han sido discutidos por un número reducido de árbitros, quienes han sido designados repetidamente para la solución de estos conflictos. Esta característica se produce porque varios árbitros, por su perfil, son preferidos ya sea por los Estados o por los inversionistas.²¹

2. *El arbitraje de inversiones como ejercicio de autoridad pública fuera del Estado*

El actual régimen de inversión extranjera, como resultado de la interacción de su dimensión normativa y transnacional, ha generado un mecanismo de arbitraje que no solo tiene como fin la resolución de disputas, sino que adicionalmente ha desarrollado una forma de autoridad pública fuera del Estado. Esta es una diferencia fundamental con el arbitraje comercial, ya que como toda autoridad pública debe pasar un proceso de legitimación.

El término “autoridad”, usando la definición de Hall y Biersteker, puede ser entendido como “forma o expresiones de poder institucionalizado”.²² De esta forma existe una diferencia entre autoridad y poder. Este último puede definirse, usando las palabras de Kelsen, como “capacidad para obligar a otros a un determinado comportamiento”.²³ Según Kelsen, el “poder real de forzar a otros” no es suficiente para constituir por sí solo una autoridad.²⁴ Por consiguiente, el elemento que permite diferenciar los dos conceptos es el origen de esta capacidad, siendo autoridad cuando se encuentra dentro de un orden normativo, y es esta característica la que redefine de mejor manera la idea de institucionalización de la definición de Hall y Biersteker.

La realidad jurídica global ha generado una situación de pluralidad de órdenes normativos donde es posible que “dos o más leyes o sistemas

²¹ Por ejemplo, los tres árbitros más nombrados por los Estados son Brigitte Stern (82 veces), J. Christopher Thomas (37 veces) y Philippe Sands (22 veces), mientras que los tres más nombrados por los inversores son Charles N. Brower (41 veces), Stanimir A. Alexandrov (25 veces), Francisco Orrego Vicuña (25 veces) y L. Yves Fortier (23 veces). Véase base de datos UNCTAD disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/>.

²² Hall, Rodney Bruce y Biersteker, Thomas, “The Emergence of Private Authority in the International System”, en Hall, Rodney Bruce y Biersteker, Thomas (eds.), *The Emergence of Private Authority in Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 4 (traducción del autor).

²³ Kelsen, Hans, *Principles of International Law*, Nueva York, Holt, Rinehart and Winston Inc, 1967, p. 582 (traducción del autor).

²⁴ *Idem* (traducción del autor).

jurídicos” coexistan o sean “obedecidos por un mismo sector social”.²⁵ De igual forma es posible la co-existencia de varias autoridades sobrepuestas en un determinado territorio o sector social.

En el contexto actual, von Bogdandy usa un entendimiento de autoridad compatible con el escenario jurídico internacional contemporáneo, al referirse a ella como: “capacidad legalmente establecida para restringir fáctica o legalmente la libertad de actores o de determinar cómo estos utilizan su libertad”.²⁶ Dicho entendimiento de autoridad permite justificar esta capacidad en un contexto de pluralidad global donde una autoridad en un determinado territorio no es necesariamente exclusiva ni suprema. Ello implica la posible superposición y relación de varias autoridades que es referida como autoridad relativa, que bien puede ser una pluralidad de autoridades del mismo dominio o de diferentes dominios que interactúan entre ellas.²⁷

Considerar al arbitraje de inversiones como ejercicio de autoridad pública permite expandir la discusión sobre su legitimidad trascendiendo el parámetro del consentimiento del Estado como único criterio. En este sentido, la justificación tradicional del arbitraje internacional comercial se basa en el consentimiento previo de las partes, lo que en inversiones se traduce en establecer si un Estado ha conferido este consentimiento, ya sea en un contrato, un tratado o una ley. Por otro lado, bajo una perspectiva de derecho público, el consentimiento es solo uno de los elementos de la justificación de autoridad.

El arbitraje de inversiones, por sus características descritas anteriormente, no solo resuelve disputas puntuales de inversión, sino que al hacerlo ejerce una capacidad —autoridad pública— que puede restringir o determinar cómo los Estados actúan o ejercen sus propias competencias. Esta capacidad se manifiesta de dos formas. La primera, en el caso concreto, en el ámbito de su competencia y a la luz de un tratado de inversión, consiste en controlar la legalidad de cualquier acción del poder público de un Estado. La segunda se ejerce al emitir un laudo, el cual se incorpora a un tipo de jurisprudencia

²⁵ Traducción del autor de Michaels, Ralf, “Global Legal Pluralism”, *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 5, 2009, pp. 243-245.

²⁶ von Bogdandy, Armin, “Common Principles for a Plurality of Orders: A Study on Public Authority in the European Legal Area”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, 2014, p. 987 (traducción del autor).

²⁷ Roughan, Nicole, “The Relative Authority of Law: A Contribution to «Pluralist Jurisprudence»”, en Del Mar, Maksymilian (ed.), *New Waves in Philosophy of Law*, Nueva York, Palgrave MacMillan, 2011, p. 258.

arbitral que tiene impacto sobre casos futuros, inclusive de terceros Estados que no tuvieron relación con el caso sobre el cual se emitió el laudo.²⁸

III. ESCENARIOS CONCEPTUALES FRENTE AL DII

La autoridad pública ejercida por los arbitrajes de inversiones no implica que de por sí existan conflictos con la soberanía de los Estados o de procesos de integración, como ha sido reconocido en procesos arbitrales recientes.²⁹ El problema radica en cierto número de procesos que, aunque cuantitativamente minoritario en el universo total de casos de arbitraje, ha afectado temas muy sensibles en la esfera pública, como los casos derivados de la crisis argentina.³⁰ Es decir, los pocos conflictos de inversiones que llegan a trascender en el debate público pueden tener un gran impacto en bienes colectivos y afectar derechos subjetivos.

En este contexto, se pueden diferenciar tres escenarios conceptuales de reacción frente al régimen del DII. Los dos primeros han sido los seguidos por distintos Estados latinoamericanos, pero existe una tercera vía (no explorada en la región) de reacción frente al DII, donde se puede encontrar convergencia con el proyecto ICCAL.

1. *Primer escenario: La restauración de la autoridad absoluta del Estado*

En este grupo se colocan visiones que buscan resistir a toda costa la autoridad ejercida por árbitros de inversiones, ya sea desvinculándose totalmente del régimen, denunciando tratados de inversión o usando el derecho público interno. En definitiva, en este grupo se incluyen todas las opciones que de una u otra forma buscan un estado donde se intenta restituir la “vieja”³¹ concepción de soberanía como poder absoluto.

²⁸ Para un mayor detalle sobre la perspectiva del ejercicio de autoridad pública internacional, véase von Bogdandy, Armin y Venzke, Ingo, *In Whose Name?: A Public Law Theory of International Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 85-90.

²⁹ *I.P. Busta & J.P. Busta v. The Czech Republic*, Stockholm Cc No. V 2015/014 (2017), párr. 115.

³⁰ Véase los capítulos de Javier Echaide y Miguel Arenas Meza en este volumen.

³¹ von Bogdandy, Armin, “*Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*. Una aclaración Conceptual”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (eds.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 6.

Para restaurar la soberanía absoluta del Estado existen dos estrategias puntales. La primera es la desconexión formal con el régimen de inversiones, lo que en términos concretos significa denunciar todos los tratados que unen a un Estado con el régimen de inversiones. Desde este punto de vista, se reducen las dinámicas globales de la misma manera que se opera un televisor: apagarlo parece tan simple como desconectar un enchufe. La segunda estrategia es el uso del derecho público interno, especialmente de la esfera constitucional, para protegerse de la injerencia del régimen de inversiones, o para evitar que futuros gobiernos del mismo Estado otorguen consentimiento al arbitraje de inversiones. En especial los Estados de Bolivia, Ecuador y Venezuela han adoptado de alguna manera estas estrategias, ya sea denunciando tratados como el Convenio del CIADI³² y muchos TBI, o incluyendo prohibiciones expresas en sus constituciones.³³

El resurgimiento de un concepto de soberanía absoluta, a través de cualquiera de sus dos estrategias, tiene un problema conceptual fundamental y tres consideraciones prácticas, como los países que lo han seguido han podido observar.

Conceptualmente, el problema es que adoptar una definición en donde la soberanía es vista como una autoridad absoluta puede resultar un verdadero búmeran para la sociedad latinoamericana, sobre todo para países donde el Estado de derecho es muy débil. Esto es porque restablecer una autoridad suprema y exclusiva del Estado puede afectar eventualmente al sistema interamericano de derechos humanos, que opera en el mismo entendimiento de una soberanía relativa.

Esta observación se agudiza en países donde el Estado de derecho es disfuncional, donde la institucionalidad está comprometida y el poder ejecutivo no posee contrapesos a nivel interno. Para estos Estados con un deficiente Estado de derecho puede ser muy difícil ser selectivamente abiertos en su concepción de la soberanía, es decir que sean absolutamente soberanos en materia de inversiones, pero relativamente soberanos en derechos humanos. Lo que sucede es precisamente lo contrario, una vez que un país con deficiencias estructurales internas en cuanto al Estado de derecho adopta un concepto absoluto de soberanía, usará la misma lógica en todas las esferas internacionales. Prueba de esto es que exactamente los mismos Estados, con estas condiciones, que inicialmente han tratado de abandonar

³² Sarmiento, María Gabriela, "The UNASUR Centre for the Settlement of Investment Disputes and Venezuela: Will Both Ever See the Light at the End of the Tunnel?", *The Journal of World Investment & Trade*, 2016, vol. 17, núm. 4, pp. 666-669.

³³ Véase Constitución de la República del Ecuador, artículo 422, Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, artículo 366.

el régimen de inversiones, posteriormente han cuestionado al Sistema Interamericano con argumentos similares al principio de soberanía, como en el caso de Venezuela.³⁴

Adicionalmente, existen al menos dos razones que hacen muy difícil re-establecer la autoridad absoluta del Estado al tratar de “desconectarse” del régimen de inversiones. En primer lugar, todos los tratados bilaterales y regionales de inversión cuentan con un sistema complejo de cláusulas que rigen la terminación unilateral, precisamente para defender la estabilidad del régimen.

Para terminar un tratado se deben tomar en cuenta al menos dos tipos de cláusulas: la de periodos de validez y la de sobrevivencia de obligaciones. La cláusula de periodo de validez usualmente incluye un tiempo en el que el tratado no puede ser terminado unilateralmente, es decir que, si un Estado decide denunciar un tratado, debe primero haber transcurrido un número mínimo de años, estipulado en el mismo tratado. La segunda cláusula importante es la de sobrevivencia de obligaciones, que establece el tiempo que un tratado continúa teniendo efectos para las inversiones ya establecidas en un Estado.³⁵ Los periodos convenidos en las cláusulas de sobrevivencia varían en cada tratado, oscilando entre 5 y 25 años.³⁶

Esto significa que la denuncia de un Estado de los AII de los cuales es parte no podría darse unilateralmente de una forma simultánea, por el contrario sería un lento y progresivo proceso, ya que el tiempo de validez mínima y de sobrevivencia de obligaciones varía en cada tratado. Solo

³⁴ Nicolás Maduro, en 2012 en su calidad de Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela, fundamentaba el retiro del Sistema Interamericano de la siguiente forma: “...tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se han alejado de los sagrados principios que están llamados a proteger, convirtiéndose en un arma política arrojada destinada a minar la estabilidad de determinados gobiernos, y especialmente al de nuestro país, adoptando una línea de acción injerencista en los asuntos internos de nuestro gobierno, vulnerando y desconociendo principios básicos y esenciales ampliamente consagrados en el derecho internacional, como lo son el principio del respeto a la soberanía de los Estados y el principio de autodeterminación de los pueblos...”. Carta de 6 de septiembre de 2012 del Ministro del Poder Popular para Relaciones Exteriores de la República Bolivariana de Venezuela, dirigida al Secretario General de la OEA, publicada en: http://chile.embajada.gob.ve/index.php?option=com_content&view=article&id=329%3Acausas-y-argumentaciones-por-las-cuales-venezuela-denuncia-la-convencion-interamericana-de-derechos-humanos&catid=3%3Anoticias-de-venezuela-en-el-mundo&Itemid=18&lang=es.

³⁵ Gordon, Kathryn y Pohl, Joachim, “Investment Treaties over Time – Treaty Practice and Interpretation in a Changing World”, *OECD Working Papers on International Investment*, Organisation for Economic Co-operation and Development, 2015, núm. 2015/3, p. 19, disponible en: http://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/oecd-working-papers-on-international-investment_18151957?sort=pubdateasc (traducción del autor).

³⁶ *Idem*.

podría saberse con exactitud el tiempo que debería transcurrir para que un determinado Estado se *desconecte* efectivamente del régimen luego de revisar en detalle todos los TBI firmados por el mismo.

Como referencia, en un ejercicio hecho por la OCDE en el 2015, si Suecia en ese año hubiera decidido hipotéticamente terminar todos sus tratados “tan pronto como fuera legalmente posible”,³⁷ tendría una conexión con el régimen de inversión hasta el año 2034. Este es un dato referencial y fue hecho bajo el supuesto de que un Estado internamente haya adoptado una decisión en ese sentido. En la práctica, la situación de la política interna puede hacer que se dilate la denuncia de un tratado, por lo que de cualquier forma pasarían muchos años hasta que un Estado se *desconecte* por completo del régimen.

En segundo lugar, para que una desconexión del régimen surta los efectos deseados, esta tiene que ser de una mayoría de países de la región. En caso contrario, si solo uno o pocos Estados terminan sus tratados, se colocan en una desventaja competitiva en relación con los Estados que permanecen en el régimen. Esto genera una situación que puede ser descrita como un “dilema del prisionero”, que explica por qué Estados en vías de desarrollo siguen mayoritariamente celebrando acuerdos bilaterales.³⁸ Un ejemplo claro fue Ecuador, que adoptó una actitud de resistencia al régimen de inversiones, mientras que Colombia y Perú, sus únicos vecinos y también competidores, permanecieron en el régimen y tuvieron una posición más agresiva en su política exterior, suscribiendo importantes acuerdos con bloques como la Unión Europea (sin capítulo de inversión) y otros regionales (estos con capítulos de inversión) como la Alianza del Pacífico o el *Trans-Pacific Partnership* (únicamente Perú). Esto debilitó la postura ecuatoriana, que ya en 2014 se vio obligado a negociar su adhesión al tratado comercial (sin capítulo de inversión) suscrito entre Perú y Colombia y la Unión Europea.³⁹

2. Segundo escenario: Re-orientación externa en la arena internacional

Un segundo escenario conceptual es la cooperación de Estados en la arena internacional para reformar el régimen de inversiones. Esto significa man-

³⁷ *Ibidem*, p. 22 (traducción del autor).

³⁸ Prieto Muñoz, José Gustavo, *El Trato Justo y Equitativo en el Derecho Internacional de Inversiones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional, 2013, pp. 97-100.

³⁹ Véase <http://www.comercioexterior.gob.ec/wp-content/uploads/2014/09/TEXTOS-NEGOCIA-DOS-EN-EL-ACM.pdf>.

tener un concepto de Estado abierto, donde la soberanía no es un poder absoluto, pero donde también se analizan importantes falencias que se han observado en el sistema de arbitraje de inversiones.

En este escenario se considera que el DII ha entrado a una era de *re-orientación*⁴⁰ del mismo, donde no existen dudas sobre si reformar o no el régimen global de inversiones sino sobre el método, contenido y extensión de esta reforma para la satisfacción de la sociedad civil mundial.⁴¹ En el nivel multilateral, gran parte de esta reforma se ha dado en el marco de la UNCTAD. Especialmente se ha impulsado en los últimos años el uso de una nueva generación de tratados de inversión, en donde se recogen principios centrales⁴² para la implementación de políticas que contribuyan al desarrollo sostenible y la UNCTAD propone cinco caminos de reforma.⁴³ La interacción de estos principios busca crear también un balance normativo que permita a los Estados un espacio de ejecución de políticas públicas.

Por otro lado, a nivel inter-regional se han establecido cuerpos permanentes de resolución de disputas, como una alternativa al arbitraje de inversiones. Este es el caso del sistema de solución de controversias utilizado en los nuevos tratados de la Unión Europea, que desde el Tratado de Lisboa ejerce la competencia exclusiva sobre inversión extranjera directa como parte de su Política Comercial Común.⁴⁴

En la actualidad solo Canadá (en el marco del *Comprehensive Economic and Trade Agreement* [CETA]) y Vietnam han aceptado la propuesta europea, y sin duda será una referencia a tomar en cuenta en los métodos de solución de controversias. Esto se debe a que la redacción de estos textos seguramente será tomada como “inspiración” por terceros Estados. En este sentido el CETA probablemente definirá la forma en la que se negocien futuros tratados de inversión. Sin embargo, esto produciría a nivel global una

⁴⁰ UNCTAD, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, 2015, disponible en: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf; UNCTAD, *World Investment Report 2015*, 2015, disponible en: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf.

⁴¹ UNCTAD, *Taking Stock of IIA Reform*, 2016, disponible en: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2016d1_en.pdf.

⁴² UNCTAD, *Investment Policy Framework for Sustainable Development...*, cit.

⁴³ Estos son (1) promover la resolución alternativa de disputas; (2) adaptar el sistema existente a través de acuerdos internacionales puntuales; (3) limitar el acceso de inversionistas a mecanismos de arbitraje; (4) introducir una instancia de apelación y (5) crear una corte permanente de arbitraje.

⁴⁴ Tiú, Catharine, “The European Union’s Proposal for an International Investment Court: Significance, Innovations and Challenges Ahead”, *Transnational Dispute Management*, núm. 1, 2017, disponible en: www.transnational-dispute-management.com.

fragmentación entre los dos mecanismos (tribunales de arbitraje y cortes permanentes), que deberán coexistir al menos por unos años.

El desarrollo de alternativas de adjudicación en Latinoamérica en materia de inversiones es marginal, ya que han existido importantes iniciativas pero pocas han sido traducidas a tratados. Un ejemplo exitoso de enfoque regional o inter-regional es el caso de los Acuerdos de Facilitación de Inversión de Brasil. La iniciativa más ambiciosa es sin duda alguna la creación de un centro de solución de disputas para América del Sur, bajo el auspicio de Unasur. Esta iniciativa no se ha concretado en los últimos años y tiene una serie de interrogantes por delante.⁴⁵

Cualquiera de las reformas externas planteadas, ya sea mediante la adopción de alguno de los “caminos” trazados por la UNCTAD o mediante la creación de múltiples cuerpos regionales de inversión, tiene dos obstáculos importantes. El primero es el tiempo, ya que, con los mismos criterios expuestos en la sección precedente, cualquier reforma al régimen muy difícilmente podría producirse inmediatamente, por medio de un solo acto; por el contrario, cualquier reforma tomará mucho tiempo. Por ejemplo, si un Estado decide aplicar los principios UNCTAD y reformar sus TBI, “tan pronto como fuera legalmente posible” tiene dos opciones: negociar un acuerdo con el/los otro(s) Estado(s) parte en el tratado o esperar que el tiempo de terminación o renovación del tratado transcurra para realizar ajustes. El segundo obstáculo, que es conexo, es la falta de consenso a nivel político entre Estados para llegar a acuerdos que permitan instrumentalizar nuevos métodos de solución de conflictos regionales. Cualquier reforma al régimen implica una renegociación masiva de tratados, que tanto interna como externamente es un desafío para cualquier país latinoamericano.

3. *Tercer escenario: Reformas internas para legitimar la autoridad del régimen*

Los escenarios descritos indican que, al menos en los próximos años, los Estados latinoamericanos seguirán inmersos en procesos arbitrales basados en la mayoría de tratados suscritos en los años noventa. Es difícil prever si en algún momento se logrará poner en funcionamiento un sistema propio de resolución de conflictos en la región, o uno conjunto con la Unión Europea. En todo caso, seguirán iniciándose demandas arbitrales contra Estados de la región y con estas la autoridad pública que se ejerza en este nivel seguirá coexistiendo con la de los Estados.

⁴⁵ Véase al respecto el capítulo de María José Luque Macías en este volumen.

El tercer escenario, por lo tanto, puede agrupar aquellas posiciones que se centran en la legitimación de la autoridad pública del régimen, lo que implica una reforma desde el interior. Cualquier modificación que se pretenda del régimen desde esta perspectiva implica necesariamente tomar en cuenta no solo su dimensión normativa, sino entrar a operar dentro de la dimensión transnacional, es decir a nivel de la comunidad epistémica de arbitraje de inversión.

Discutir sobre la legitimidad del régimen de inversiones implica precisamente discutir la justificación moral y sociológica de un ejercicio de autoridad pública⁴⁶ por parte de árbitros, así como la capacidad de las normas sustantivas del régimen de generar en las sociedades latinoamericanas una noción voluntaria sobre su cumplimiento.⁴⁷ Esta es precisamente una de las ventajas que otorga dicha conceptualización, ya que no es necesario esperar a que la dimensión normativa del régimen sea modificada. El centro de estudio es el ejercicio de autoridad, y mientras un árbitro la ejerza debe justificar la misma.

En este sentido, una de las tendencias más importantes es la conceptualización del régimen internacional de inversiones dentro del derecho administrativo global, donde el arbitraje es concebido como un ejercicio de administración global,⁴⁸ y donde tribunales específicos “ejercen poder” en un “espacio administrativo global”.⁴⁹ Esta perspectiva no es una respuesta por sí sola a los problemas del régimen de inversiones, más bien es una forma de replantear las preguntas que se hacen sobre el régimen. Autores dentro de la línea del derecho administrativo global se concentran precisamente en los puntos donde el ejercicio de poder público fuera del Estado presenta problemas para justificarse, como en la rendición de cuentas (*accountability*) de quienes lo ejercen.⁵⁰

Existe por lo tanto un espacio para otros discursos, incluyendo los regionales, concretamente para América Latina y el ICCAL. Con este fin,

⁴⁶ Wolfrum, Rüdiger, “Legitimacy in International Law”, en Wolfrum, Rüdiger (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2011, t. VI, p. 809.

⁴⁷ Véase el concepto de legitimidad en Franck, Thomas M., “The Power of Legitimacy and the Legitimacy of Power: International Law in an Age of Power Disequilibrium”, *The American Journal of International Law*, vol. 100, 2006, p. 93.

⁴⁸ Traducción del autor de Kingsbury, Benedict y Schill, Stephan, “Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law”, *Institute of International Law and Justice Working Paper 2009/6 Global Administrative Law Series*, 2009.

⁴⁹ *Idem*.

⁵⁰ Krisch, Nico, “The Pluralism of Global Administrative Law”, *European Journal of International Law*, vol. 17, núm. 1, 2006, pp. 247 y 278.

dentro de este tercer escenario descrito el primer paso es transformar las preguntas que la región se hace sobre el régimen. Esto implica ir más lejos de discusiones con respuestas de blanco o negro, por ejemplo, si debe el Estado A o C denunciar el CIADI o suscribir o no el tratado X o Y. Nuevas preguntas deben generarse: ¿es posible legitimar el uso del poder —autoridad pública— de adjudicadores de inversión en América Latina mediante un discurso jurídico regional? ¿Cómo puede un discurso regional latinoamericano ser relevante en la re-adaptación de un régimen global establecido?

Para responder a estas preguntas el paso siguiente es la consolidación de un discurso jurídico que pueda distinguir persuasivamente dentro del régimen de inversión las diferencias de la legitimación de la autoridad pública ejercida desde el espacio internacional hacia las sociedades latinoamericanas. Un discurso en este sentido no solo es deseable sino necesario, en caso contrario las necesidades de la región corren el riesgo de quedar al margen de las transformaciones, tanto internas como externas, que está experimentando el régimen de inversiones.

La base de este discurso es la consolidación de principios regionales específicos para ser aplicados a los conflictos derivados de la inversión extranjera.⁵¹ En este contexto específico, se buscaría que la autoridad de los árbitros de inversión también pueda ser justificada al observar éstos los principios aceptados por las sociedades afectadas por sus decisiones.

El reto por lo tanto consiste en construir una herramienta conceptual que pueda ser utilizada por los propios árbitros en la adjudicación de disputas, proporcionando así un puente legal entre la racionalidad del arbitraje de inversiones y la justificación de su autoridad en América Latina. El rol de ICCAL en este escenario es fundamental, ya que sus principios pueden ser la base de un discurso de esta naturaleza, puesto que ha seguido de cerca los procesos de transformaciones constitucionales y políticas de las sociedades de la región.

La consolidación de un conjunto de principios de inversión también puede permitir acuerdos transversales interdisciplinarios mínimos. Muchos de los desacuerdos en la región no se producen a nivel nacional, sino entre las diferentes comunidades epistémicas⁵² de las diversas naciones del conti-

⁵¹ Prieto Muñoz, José Gustavo, “The Rise of Common Principles for Investment in Latin America: Proposing a Methodological Shift for Investor-State Dispute Settlement”, *Journal of World Investment & Trade*, vol. 17, núm. 4, 2016, pp. 614-633.

⁵² Haas, Peter M., “Introduction: Epistemic Communities and International Policy Coordination”, *International Organization, Knowledge, Power, and International Policy Coordination*, vol. 46, 1992, pp. 1-35.

nente, ya que cada una a su vez está conectada a sectores más amplios de las sociedades en sus respectivos países. Por ejemplo, es más factible que un grupo de abogados de diferentes países especializados en un área (derechos humanos, arbitraje comercial) arriben a puntos de consenso, que entre abogados de un mismo país con diferentes áreas de especialización. Un acuerdo sobre principios permite su implementación en base a estrategias de internamiento en el régimen de inversiones, no explícitamente contenidas en las cláusulas de los tratados.

El rol del ICCAL es fundamental en la identificación de estos principios regionales de inversión, que diferencian la legitimación de autoridad en América Latina de otras regiones. Por ejemplo, uno de los conceptos más importantes que pueden ser utilizados y que ha sido identificado en el ICCAL es el de inclusión, donde se da forma jurídica a la necesidad de integrar las grandes mayorías a los sistemas sociales.⁵³

Desarrollar un principio de inclusión dentro del DII es un desafío, ya que no hay —ni tampoco debería existir— una obligación legal para que un tribunal arbitral redistribuya la riqueza en un país, incluso dentro de la concepción del DII como ejercicio de autoridad pública. Sin embargo, la construcción de un principio de inclusión en el DII puede ser una herramienta para los árbitros al operar en dos estados diferentes de un proceso.

El primero, durante la evaluación de la responsabilidad internacional del Estado en el contexto de un tratado de inversiones. La aplicación del principio de inclusión en inversiones permitiría determinar si una medida de un Estado que sea objeto del análisis por parte de un tribunal arbitral es necesaria, pertinente y proporcional con la obligación fundamental y normativa de los Estados latinoamericanos de integrar a los fragmentos menos favorecidos de la sociedad en los sistemas de bienestar social.

El segundo momento donde puede operar un principio específico de inclusión es durante la fase de *Quantum*, donde se calcula los daños sufridos por el inversor y el monto de una indemnización, luego de que la responsabilidad internacional haya sido establecida. La determinación de daños en litigios de inversiones es un tema abierto, ya que no existen muchas normas específicas en los tratados de inversión que establezcan como calcular los

⁵³ Véase von Bogdandy, Armin, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 34, 2015; pp. 3-50, en especial pp. 9-10. Para un análisis elaborado, véase Clerico, Laura y Aldao, Martín, “De la inclusión como igualdad en clave de redistribución y reconocimiento. Rasgos, potencialidades y desafíos para el derecho constitucional interamericano”, en von Bogdandy, Armin et al. (eds.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pp. 219-262.

daños. Esto ha hecho que, en el universo de casos de inversiones, se desarrollen diferentes métodos de cálculo de indemnizaciones.

Sin embargo, un tribunal de arbitraje no debe imponer una compensación que perjudique la capacidad del Estado para cumplir sus objetivos fundamentales, porque en ese caso estaría sancionando a los fragmentos vulnerables de la sociedad. Esto significa una obligación en casos extraordinarios de considerar la capacidad económica del Estado demandado como un parámetro en la determinación del pago de una indemnización. Esta opción ya fue discutida por otros adjudicadores internacionales fuera de la región, siendo el laudo de daños de la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía la referencia más concreta.⁵⁴

La inserción de principios regionales de inversión propios, sin duda alguna, no está libre de riesgos y dificultades. Después de todo, los conceptos básicos del ICCAL pueden ser modificados⁵⁵ o incluso deformados al ser aplicados eventualmente por un árbitro ajeno a la realidad de la región y al uso de herramientas de derecho público, como el mismo principio de proporcionalidad. En todo caso, el riesgo parece ser mayor con la inacción regional dentro del tercer escenario descrito.

Es difícil predecir cuál será el rumbo de evolución del derecho internacional de inversiones, pero es deseable el poder alcanzar consensos mínimos en Latinoamérica, ya no solo entre naciones sino también entre sectores que cruzan transversalmente a las primeras. Un consenso mínimo de principios sustantivos de inversión extranjera es una posibilidad que al menos debe ser estudiada cuidadosamente dentro del proyecto ICCAL.

⁵⁴ Eritrea Ethiopia Damages Claims Commission, *Final Award Ethiopia's Damages Claims*, 17 de agosto de 2009, párr. 313.

⁵⁵ Agradezco en especial la observación en este sentido de Rodrigo Gutiérrez durante el seminario ICCAL “Del paradigma de la fragmentación al paradigma del diálogo”, en diciembre de 2015.

LA INCLUSIÓN SOCIAL EN LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES Y LOS DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA

Miguel ARENAS MEZA*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El concepto de inclusión del ICCAL.* III. *El concepto de inclusión social como pauta para los Tratados Bilaterales de Inversión.* IV. *El impacto de los TBI y los laudos arbitrales que los interpretan y aplican sobre la inclusión social.* V. *¿Cómo se podrían evitar los impactos negativos de los TBI sobre la inclusión social?* VI. *Consideraciones finales.*

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objeto examinar en qué medida el concepto de inclusión del *ius constitutionale commune en América Latina (ICCAL)* puede ser un elemento a considerar en el diálogo normativo entre dos regímenes jurídicos, el derecho internacional de las inversiones (DII) y los derechos humanos (DH), cuyas relaciones —en el caso de América Latina—, han transcurrido en medio de un ambiente de tensión o conflicto.¹ Ello teniendo en cuenta que se trata de un concepto que posibilita la integración en los sistemas sociales de amplios sectores de la sociedad en situación de exclusión,² como resultado de las tensiones generadas por la ausencia de un adecuado diálogo entre estos dos regímenes jurídicos. El citado concepto puede ser tomado como referen-

* Profesor de Derecho Internacional Público, Universidad de Santiago de Compostela (España).

¹ Al respecto véase Olarte Bácares, Diana Carolina, “El derecho internacional de las inversiones en América Latina: el reencuentro con los derechos humanos”, *Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI, Derecho público*, t. VI, Bogotá, Temis, 2010, p. 684.

² von Bogdandy, Armin, “*Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador*”, *Revista de Derecho del Estado*, núm. 34, enero-junio de 2015, p. 10.

cia en el análisis de las relaciones entre el DII y los DH en América Latina, en tanto un elemento esencial para sentar las bases de un diálogo fructífero entre ambos sistemas normativos. Sobre todo atendiendo a una realidad, como la latinoamericana, en donde muchas veces el Estado anfitrión, receptor de la inversión, se ha visto condicionado por el DII al momento de ejercer sus potestades regulatorias para la realización de las garantías y promesas consagradas en las constituciones y en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos —sobre todo en el ámbito de los derechos socioeconómicos—, lo que ha posibilitado que amplios sectores de su población queden desprotegidos y sin cobertura en el ámbito de sus derechos más básicos.³ Esta insostenible situación es la que, a nuestro modo de ver, justifica que el concepto de inclusión sea tenido en cuenta en los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), si lo que se quiere realmente es evitar tensiones o conflictos entre estos dos sistemas normativos.

Para abordar estas cuestiones, este capítulo empieza efectuando algunas precisiones de carácter conceptual en torno al concepto de inclusión, para desde aquí, analizar de qué manera dicho concepto podría ser tomado en cuenta en los TBI. Este tema resulta crucial dentro del trabajo, ya que la posibilidad de que el referido concepto sea tenido en cuenta en estos instrumentos no está exenta de dificultades, debido sobre todo al impacto negativo que tienen los TBI y los laudos arbitrales que los interpretan y aplican sobre el mismo, aspectos que son tratados en la cuarta y quinta parte del trabajo. En la medida en que el estudio de esta problemática está estrechamente conectado con los problemas que se suscitan en la práctica al analizar las relaciones entre el régimen de protección de las inversiones y el de los derechos humanos,⁴ su tratamiento se realizará en ése marco más amplio.

³ Esto sucede en especial con las decisiones de los órganos arbitrales, pues muchas veces éstas suponen un importante obstáculo para que las personas puedan acceder a servicios públicos considerados esenciales para la realización de sus derechos fundamentales, tales como el derecho a un nivel de vida adecuado, a la salud, a la vivienda o a la educación. Véase Fernández Masiá, Enrique, “Arbitraje inversor-Estado: de «bella durmiente» a «león en la jungla»”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 26, 2013, pp. 14 y 15, disponible en: <http://www.reei.org/index.php/revista/num26>.

⁴ En torno a las relaciones entre el DII y los derechos humanos existe una extensa bibliografía, véase entre otros Kriebaum, Ursula, “Privatizing Human Rights. The Interface between International Investment Protection and Human Rights”, en Reinisch, August y Kriebaum, Ursula (eds.), *The Law of International Relations. Liber Amicorum Hanspeter Neuhold*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2007, pp. 165-189; Petersen, Luke Eric, *Derechos humanos y tratados bilaterales de inversión. Panorama del papel de la legislación de derechos humanos en el arbitraje entre inversores y Estados*, Montreal, Derechos y Democracia (Centro Internacional de Derechos Humanos y Desarrollo Democrático), 2009, pp. 8-45, disponible en: <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/media/documents/derechos-humanos-tratados-bilaterales->

Finalmente, en la última parte se examinan una serie de propuestas acerca de cómo se podrían evitar los efectos adversos que tienen los TBI y los laudos arbitrales sobre la inclusión social del ICCAL, con el objeto de que dicho concepto pueda cumplir eficazmente ése papel integrador que se le atribuye.

II. EL CONCEPTO DE INCLUSIÓN DEL ICCAL

Entre los principales problemas que aquejan a los países latinoamericanos está la situación de exclusión social en la que se encuentran inmersos amplios sectores de la población. Esta situación, que puede deberse a múltiples factores, entre los que destaca la profunda desigualdad existente en estas sociedades, se manifiesta con especial dramatismo cuando grupos enteros de personas no están en capacidad, o encuentran grandes dificultades, para poder “participar [o integrarse] en los sistemas educativo, sanitario, económico y político, e incluso ni siquiera en el sistema legal”, de sus respectivos países.⁵ Y ello pese a que, formalmente, las constituciones de sus respectivos países no solo les reconocen unos derechos de carácter socioeconómico, sino que además les garantizan su plena realización.

La problemática de la exclusión social así descrita plantea enormes desafíos para los países latinoamericanos, debido a que amplios sectores de la población simplemente no son tomados en cuenta por las instituciones estatales. Esto a su vez suscita importantes retos para la realización de las garantías relacionadas con los derechos socioeconómicos consagradas en sus constituciones y en los tratados internacionales, ya que ello depende de que exista un cierto nivel de desarrollo económico y social en estas

de-inversion-peterson-2009.pdf; Dupuy, Pierre-Marie *et al.* (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Nueva York, Oxford University Press, 2009; Tanzi, Attila, “Recent Trends in International Investment Arbitration and the Protection of Human Rights in the Public Services Sector”, en Boschiero, Nerina *et al.* (eds.), *International Courts and the Development of International Law. Essays in Honour of Tullio Treves*, La Haya, Springer, 2013, pp. 587-597; Balcerzak, Filip, “Jurisdiction of Tribunals in Investor-State Arbitration and the Issue of Human Rights”, *ICSID Review*, Oxford, 2014, vol. 29, núm. 1, pp. 216-230; Pellet, Alain, “Notes sur la “fragmentation” du Droit International: Droit des Investissements Internationaux et Droits de l’homme”, en Alland, Denis *et al.* (eds.), *Unité et Diversité du Droit International. Ecrits en l’honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, pp. 757-784.

⁵ von Bogdandy, Armin, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada...”, *cit.*, p. 10.

sociedades.⁶ Esto último resulta difícil de realizar cuando existen importantes sectores de población en estos países que directamente no participan en el sistema social.

Esta circunstancia permite entender por qué la problemática de la exclusión social en América Latina se sitúa en el núcleo mismo del enfoque del constitucionalismo transformador del ICCAL, y por qué éste ha puesto un especial énfasis en la necesidad de superar dicha situación.⁷ No solo por tratarse de situaciones humanas cuya existencia resulta inaceptable bajo todo punto de vista, sino porque además son estas situaciones injustas las que impiden la realización de las garantías previstas en las constituciones y tratados relacionadas con el disfrute de derechos socioeconómicos y de otros derechos humanos.

Desde la perspectiva del ICCAL, la superación de la exclusión social es abordada a través del concepto de inclusión, el cual constituye un elemento central dentro de dicho enfoque.⁸ Se trata de un concepto que posibilita una perspectiva comprehensiva de sociedades, como las latinoamericanas, cuya capacidad de integración se ha visto cuestionada en razón de que importantes sectores de la población no son tomados en cuenta por las instituciones que supuestamente deberían actuar en su bienestar. Sobre la base del reconocimiento de que no es posible para una sociedad aliviar la desigualdad social como déficit sistémico si no logra superar semejante exclusión, se propugna, como vía para la superación de dicha situación, la realización plena de las garantías y promesas previstas en las Constituciones nacionales para hacer efectivos los derechos humanos y, en especial, los

⁶ Sobre la exigibilidad de los derechos económicos y sociales y culturales en el sistema interamericano, véase Pinto, Mónica, “Cumplimiento y exigibilidad de los derechos económicos y sociales y culturales en el marco del sistema interamericano. Avances y desafíos actuales”, *Revista IIDH*, núm. 56, 2012, pp. 157-187; Teijo, Carlos, “Algunas consideraciones sobre el avance en la protección de los derechos económicos y sociales y culturales, con especial referencia a la práctica del sistema interamericano”, en Áznar Gómez, Mariano *et al.* (eds.), *Estudios de derecho internacional y de derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, vol.1, t. 1, pp. 1297-1318.

⁷ von Bogdandy, Armin, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada...”, *cit.*, pp. 4, 5, 9 y 10.

⁸ Véase también von Bogdandy, Armin “*Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*. Una aclaración conceptual”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (eds.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pp. 15 y 16; Clérico, Laura, y Aldao, Martín, “De la inclusión como igualdad en clave de redistribución y reconocimiento. Rasgos, potencialidades y desafíos para el derecho constitucional interamericano”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (eds.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pp. 219-264.

derechos socioeconómicos. Solo haciendo realidad esas promesas y garantías centrales de las constituciones se podrá remediar la grave situación de exclusión social en la que se encuentran estas personas. En suma, se trata de un concepto que apuesta decididamente por la integración, a través de los principios constitucionales, de los sectores más desfavorecidos de América Latina en un sistema social que hasta ahora les ha sido esquivo.⁹

III. EL CONCEPTO DE INCLUSIÓN SOCIAL COMO PAUTA PARA LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN

Llegados a este punto, se plantea la cuestión de si el concepto de inclusión del ICCAL podría servir como pauta a tener en cuenta en los instrumentos internacionales de inversión —particularmente en los TBI—; no sólo en los futuros, sino también en aquellos que en estos momentos se encuentran renegociando.

Esta cuestión reviste el máximo interés si nos atenemos al hecho de que muchas de las situaciones de exclusión social que se dan en América Latina se producen como resultado de la aplicación preferente de la normativa de protección de inversiones, que impide al Estado ejercer sus poderes regulatorios en ámbitos de especial relevancia social, como los derechos humanos. Ello posibilita que amplios sectores de su población queden sin la cobertura de protección que les reconocen y garantizan las constituciones estatales y los principales instrumentos internacionales —en especial, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)— en este ámbito específico.

Pero además se trata de una cuestión que cobra plena actualidad en la medida en que muchas de las iniciativas puestas en marcha por los Estados latinoamericanos para revertir la situación antes descrita, intentando recuperar su espacio regulatorio, han sido impugnadas por los inversionistas extranjeros, planteando demandas millonarias ante tribunales de solución de controversias inversor-Estado, y obteniendo, no pocas veces, decisiones favorables a sus intereses.

Ante esta realidad, no es de extrañar que en los últimos años hayan surgido voces críticas cuestionando la viabilidad del sistema internacional de protección de las inversiones en su concepción actual.¹⁰ Se cuestiona, en

⁹ von Bogdandy, Armin, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada...”, *cit.*, p. 10.

¹⁰ Al respecto véase Fach Gómez, Katia, *Latin America and ICSID: David versus Goliath?*, 2010, pp. 1-49, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1708325>; Fernández Masiá, Enrique, *op. cit.*, pp. 7-16.

concreto, el hecho de que se trata de un régimen que favorece las interferencias indebidas en la soberanía del Estado, y que propicia las violaciones de derechos socioeconómicos y de otros derechos humanos.¹¹ Dichos cuestionamientos han llevado a algunos Estados de la región a adoptar medidas que ponen de relieve su rechazo al actual estado del DII y, sobre todo, al sistema de solución de controversias inversor-Estado. En los últimos años, varios de estos Estados se han retirado, o están considerando la posibilidad de retirarse, del sistema de arreglo de disputas inversor-Estado del CIADI, o de TBI específicos, alegando interferencias indebidas con los procesos democráticos nacionales.¹² Todo ello como muestra de que, en el caso de

¹¹ Esta tendencia “hostil” hacia el sistema de protección de inversiones se percibe nítidamente en el Informe del Procurador General del Ecuador, Diego García Carrión, sobre la actuación de la Procuraduría en el *arbitraje Chevron*: “El Estado ecuatoriano ha tenido que defenderse —aunque en la mayoría de los casos bajo protesta—, dentro de un sistema de arbitraje internacional de inversiones que, amparándose en TBI, negociados y suscritos en forma negligente, han servido para que funcione un mecanismo injusto de aplicación irracional de normas de derecho internacional, con poco respeto para los Estados soberanos, su potestad reguladora y sus sistemas de administración de justicia. En ello, el sistema se ha servido de una élite de árbitros internacionales que, muchas veces atribuyéndose poderes absolutos, han sobrepasado los límites de sus competencias, arrasando con el derecho interno y la soberanía de los Estados, con apariencia de legalidad”. Procuraduría General del Estado, *Caso Chevron: defensa del Ecuador frente al uso indebido del arbitraje de inversiones*, Ecuador, Gestión 2008-2015, pp. 22 y 23.

¹² Así, el 2 de mayo de 2007, Bolivia presentó una notificación de denuncia del Convenio del CIADI, la cual se hizo efectiva seis meses después, esto es el 3 de noviembre. Este mismo país denunció, en 2012, sus TBI suscritos con España y los Estados Unidos. El 4 de diciembre de 2007, el Secretario General del CIADI recibió una notificación por parte de Ecuador en la que excluía de su competencia las disputas relacionadas con los recursos naturales y, en particular, con el petróleo, el gas y la industria minera. Tras ello, el gobierno ecuatoriano ha denunciado varios TBI. Además, la Corte Constitucional de dicho país declaró inconstitucionales las cláusulas de seis TBI suscritos con China, Finlandia, Reino Unido, Venezuela y los Estados Unidos. Por último, el 24 de enero de 2012 Venezuela presentó una notificación denunciando el Convenio del CIADI, la cual se concretó el 25 de julio de ese año. Este país también ha denunciado varios TBI. Véase al respecto Polanco Lazo, Rodrigo, “Denuncia de tratados de inversiones en Latinoamérica. Causas y consecuencias”, en Álvarez Zárate, José Manuel *et al.* (eds.), *Estado y futuro del derecho económico internacional en América Latina*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 593-617. Como vía alternativa al mecanismo arbitral del CIADI, los países del Unasur han impulsado una iniciativa para buscar un foro regional de solución de controversias inversor-Estado. Se ha constituido a este respecto un Grupo de Trabajo en el ámbito de dicha organización que se encuentra examinando tal posibilidad. Existe actualmente un proyecto de *Acuerdo Constitutivo del Centro de Solución de Controversias en Materia de Inversiones de Unasur* en el que se recogen los aspectos centrales del mecanismo. Básicamente, el mecanismo previsto sería semejante al del CIADI, pero con ciertas particularidades; así, se excluye de su competencia temas sensibles a las políticas públicas de los Estados (salud, distribución de agua potable, energía); se establece un método más transparente en la elección de los árbitros; y se exige el previo agotamiento de los recursos internos en los Estados para poder acceder al sistema arbitral regional, véase <http://www.unasur.int/es/>

América Latina, el sistema de protección de inversiones ha entrado en una crisis de legitimidad democrática o aceptabilidad.¹³

Se hace necesario, por tanto, una urgente redefinición en las relaciones entre el DII y los derechos humanos si se quiere evitar estas tensiones o conflictos.¹⁴ Ello requiere que el sistema de inversiones replantee sus postulados básicos, dejando de lado esa visión sesgada que privilegia la protección del inversionista y de sus intereses por encima de cualquier otra consideración, para encaminarse hacia un enfoque más centrado en el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas y de los colectivos sociales latinoamericanos, puesto que son ellos los grandes perjudicados por sus rígidos planteamientos. Solo así sería posible articular un “diálogo fructífero” o una “relación armoniosa” entre estos dos sistemas normativos en un futuro próximo.

Es pues en el contexto de esta aproximación o diálogo normativo entre ambos ordenamientos jurídicos donde nos parece que el concepto de inclusión del ICCAL podría utilizarse como pauta a tener en cuenta en los instrumentos internacionales de inversión, y particularmente en los TBI, ya que no solo serviría para evitar los efectos adversos que tienen dichos instrumentos sobre los derechos humanos, sino que también permitiría incrementar su legitimidad democrática y, de este modo, la sostenibilidad de todo el régimen de inversiones.

IV. EL IMPACTO DE LOS TBI Y LOS LAUDOS ARBITRALES QUE LOS INTERPRETAN Y APLICAN SOBRE LA INCLUSIÓN SOCIAL

El concepto de inclusión del ICCAL, como acabamos de ver, puede tener un papel importante en la redefinición de las relaciones entre el DII y los derechos humanos, evitando los efectos adversos que tiene el primero sobre los segundos. Por ello, conviene determinar de qué manera y en qué casos los TBI y los laudos arbitrales que los interpretan y aplican pueden afectar negativamente a la realización de las garantías y promesas consagradas en las constituciones latinoamericanas y en los principales instrumentos de derechos humanos en relación con los derechos socioeconómicos. Para dicho examen,

node/721; sobre estas iniciativas, véase Sommer, Christian G., “Inversión extranjera y derechos humanos: conflictos e interacciones”, *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*, núm. 2, julio de 2015, pp. 4 y 5; Fernández Masiá, Enrique, *op. cit.*, pp. 16-20. Véase también el capítulo de María José Luque Macías en este volumen.

¹³ Véase Olarte Bácares, Diana Carolina, *op. cit.*, p. 706.

¹⁴ Véase también los capítulos de Manuel Eduardo Góngora Mera, de René Fernando Urueña y de Juan Bautista Justo y Juan Pablo Bohoslavsky en este volumen.

nos centraremos sobre todo en aquellos supuestos en los que la afectación de derechos incide en sectores como el acceso a servicios públicos (derecho al agua) o la extracción de recursos naturales.

1. *El impacto de los TBI*

En la década de los años noventa del siglo pasado se dieron en América Latina un conjunto de circunstancias que crearon un marco propicio para la expansión de los TBI. Entre ellas, cabe referirse a la ola de privatizaciones de las grandes empresas públicas, a la liberalización de los mercados, a la estabilidad macroeconómica, a la crisis de la deuda o a la posibilidad de acceder a importantes recursos naturales (gas, petróleo, minería), entre otras. Este cúmulo de circunstancias, junto con los compromisos asumidos por los países de la región en el “Consenso de Washington”, contribuyeron a crear un clima favorable a la inversión extranjera, y al reconocimiento de que dicha inversión resultaba fundamental para promover el desarrollo económico.¹⁵ En este contexto, los Estados latinoamericanos empezaron a firmar un importante número de TBI, convencidos de que a través de estos acuerdos se generarían mayores inversiones y así un mayor desarrollo.¹⁶ De este modo, los TBI se convirtieron en el principal instrumento para atraer la inversión extranjera en la región.¹⁷

En las cláusulas de estos TBI se incluye una serie de estándares destinados a la protección del inversionista. Se prohíben, de manera general, conductas que infrinjan estándares tales como el trato justo y equitativo, el trato nacional y nación más favorecida, o la prohibición de expropiar directa o indirectamente sin la correspondiente compensación. Estos estándares de trato se conciben como estándares mínimos, cuyo contenido y alcance deberán ser definidos por los árbitros. El problema es que los TBI establecen esos estándares con un alto grado de indeterminación, sin que se pueda definir

¹⁵ Al respecto, véase Bohoslavsky, Juan Pablo, *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)*, Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), julio de 2010, pp. 14, 15 y 18; Olarte Bácares, Diana Carolina, *op. cit.*, pp. 688-691.

¹⁶ Solo en la década de los años 90 Argentina firmó 58 TBI, Bolivia firmó 16, Ecuador 18, Venezuela 22, Chile 48, Perú 28, Uruguay 21 y Paraguay 18. Brasil firmó 15 pero no ratificó ninguno. La mayoría de las inversiones extranjeras directas que se recibieron en los años noventa en la región se dirigieron al sector de los servicios públicos. Véase Suñé, Natasha, “Arbitraje en América Latina. Consideraciones en materia de inversiones”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, año 3, núm. 5, 2015, pp. 199 y 200, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1708325>.

¹⁷ Olarte Bácares, Diana Carolina, *op. cit.*, p. 691.

con exactitud cuáles son los derechos y obligaciones del inversor y del Estado. Esta circunstancia va a generar interpretaciones distintas por los órganos arbitrales cuando tienen que fijar “la extensión concreta de los estándares de protección de los inversores” en sus laudos, ya que carecen de “las pautas jurídicas necesarias para resolver los casos que les son sometidos”. Ello les confiere “un amplio margen de discrecionalidad y creatividad” al momento de interpretar las disposiciones del TBI.¹⁸ La ambigüedad de las cláusulas insertadas en los TBI y el margen de discrecionalidad de los árbitros han propiciado interpretaciones expansivas de los estándares de protección de los inversores. En algunos casos, estas interpretaciones han ido demasiado lejos, llegando a limitar las potestades regulatorias del Estado tendientes a implementar políticas públicas en ámbitos como el medio ambiente, la salud pública, el agua, los derechos humanos, etcétera,¹⁹ lo cual ha favorecido a los intereses del inversor, pero ha supuesto un duro golpe a las posibilidades de evolución institucional y desarrollo social del Estado receptor. Todo ello ha llevado a los Estados latinoamericanos a enfrentarse a situaciones en las cuales el respeto de las normas destinadas a la protección del inversionista y de sus inversiones entra en colisión con el respeto de otras obligaciones de interés general, como las relativas a los derechos humanos.²⁰ Esto lo ha colocado ante un difícil dilema. Por una parte, si introducen medidas regulatorias para asegurar la realización de los derechos fundamentales de sus ciudadanos corren el riesgo de ser demandados por el inversor por la afectación de sus derechos amparados en el TBI y, por otra parte, si no adoptan dichas medidas, pueden ser objeto de reclamaciones por parte de los sectores sociales afectados, por considerar que están incumpliendo las promesas y garantías consagradas en su legislación nacional, así como en los instrumentos internacionales de derechos humanos de los cuales son parte.²¹

Muchas veces la falta de una adecuada respuesta al dilema planteado ha desencadenado protestas y movilizaciones por parte de los sectores

¹⁸ Bohoslavsky, Juan Pablo, *op. cit.*, pp. 33 y 34.

¹⁹ Véase Bachard, Remi, “Droit de l’investissement et droits humains dans les Amériques”, *Annuaire Française de Droit International*, París, vol. XLIX, 2003, pp. 576 y 577. Ello ha ocurrido particularmente con la interpretación que se hace del estándar de trato justo y equitativo contenido en los TBI. Véase al respecto Bohoslavsky, Juan Pablo y Justo, Juan Bautista, “Inversiones extranjeras y derechos humanos: entre la permanencia y el cambio”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, año 3, núm. 5, 2015, pp. 76-82, disponible en: <http://dx.doi.org/10.16890/rstpr.a3.n5.65>.

²⁰ Bohoslavsky, Juan Pablo, *Tratados de protección...*, *cit.*, p. 34; Olarte Bácares, Diana Carolina, *op. cit.*, p. 694; Bachard, Remi, *op. cit.*, p. 610; Sommer, Christian G., *op. cit.*, p. 6.

²¹ Bohoslavsky, Juan Pablo y Justo, Juan Bautista, “Inversiones extranjeras y derechos humanos...”, *cit.*, p. 67.

afectados, frustrados por el hecho de que el Estado hubiera privilegiado el cumplimiento de sus obligaciones en materia de inversiones antes que las de derechos humanos, y frente a lo cual las autoridades gubernativas han respondido con una inusitada violencia. En la última década, esta conflictividad social se ha manifestado con especial virulencia en relación con la actividad desarrollada por empresas dedicadas a la extracción de recursos naturales, especialmente en el ámbito de la minería.²² Así, según datos contenidos en el *Mapa de conflictos mineros, proyectos y empresas mineras en América Latina*, del Observatorio de Conflictos Mineros en América Latina, solo en el 2015 se registraron 205 conflictos sociales en los países de la región por proyectos mineros.²³

Este estado de cosas ha puesto de manifiesto la necesidad de rediseñar el modelo de cláusulas de los TBI.²⁴ Se ha indicado, en este sentido, que dichas cláusulas deben adoptar un enfoque más plural y dinámico, que tenga en cuenta no solo la protección del inversionista y de sus inversiones, sino también los intereses legítimos del Estado anfitrión.²⁵ Ello implica corregir los desequilibrios existentes entre los derechos del inversor extranjero y los

²² Véase Bebbington, Anthony, *Social Conflict, Economic Development and the Extractive Industry: Evidence from South America*, Nueva York, Routledge, 2012. La actividad de estas empresas, sobre todo las que participan en proyectos a gran escala, suscita serios cuestionamientos relativos a la degradación ambiental, efectos adversos para la salud, desplazamiento forzado de comunidades, impactos económicos en las comunidades locales y adquisición y expropiación indebida de tierras. Estos impactos han provocado descontento entre las comunidades y conflictos sociales, a los que se ha hecho frente con mayor presencia policial y fuerzas de seguridad en las comunidades y con amenazas de medidas de fuerza o violencia contra las personas que protestan por las operaciones mineras. Por ejemplo, en la mina El Dorado, en el Salvador, operada por la empresa *Pacific Rim* (que ahora pertenece a la empresa australiana Oceana Gold), ocho miembros de la *Asociación Amigos de San Isidro Cabañas* que se oponían a las actividades mineras fueron asesinados, mientras que otros dos manifestantes resultaron heridos. Véase Imai, Shin y Bolton, Natalie, “El gobierno de Canadá no hace lo suficiente para abordar los problemas de las empresas canadienses en América Latina”, *Aportes DPLF: Revista de la Fundación para el Debido Proceso*, año 8, núm. 20, 2015, pp. 24 y 25.

²³ Disponible en: http://mapa.conflictosmineros.net/ocmal_db/. Un informe reciente del Observatorio pone de relieve que, en 2016, la conflictividad social en la minería no sólo se mantuvo sino que aumentó en países como Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Perú. Véase *Conflictos Mineros en América Latina: extracción, saqueo y agresión. Estado de la cuestión 2016*, disponible en: <https://www.ocmal.org/wp-content/uploads/2017/05/Estado-Situacion-Conflictos-Mineros-en-2016.pdf>.

²⁴ Olarte Bácares, Diana Carolina, *op. cit.*, p. 701.

²⁵ Al respecto véase Dumberry, Patrick y Dumas-Aubin, Gabrielle, “¿Cómo incorporar obligaciones de derechos humanos a los tratados bilaterales de inversión?”, *Investment Treaty News Quarterly*, vol. 3, núm. 3, 2013, pp. 9 y 10, disponible en: http://www.usd.org/pdf/2013/iisd_in_march_2013_es.pdf; Sommer, Christian G., *op. cit.*, p. 4.

intereses del Estado en ámbitos materiales de relevancia social, como la protección de los derechos humanos; siendo preciso para ello la modificación y readaptación de los contenidos del TBI, para adaptarlos a las obligaciones del Estado anfitrión en temas no relacionados con la protección de la inversión extranjera.²⁶

La idea es que a través de una redacción más equilibrada de los derechos y obligaciones de las partes en el TBI, el Estado anfitrión, sin incumplir sus compromisos relacionados con la protección de la inversión extranjera, pueda ejercer sus poderes regulatorios en beneficio de sus ciudadanos. Es decir, se pretende otorgar un mayor espacio regulatorio a dicho Estado para poder implementar las políticas públicas necesarias en nombre del interés general, sin que las cláusulas del TBI limiten de manera irrazonable su margen de maniobra.²⁷

Ello explica por qué en algunos modelos recientes de TBI se empiezan a incorporar referencias más o menos explícitas a la temática de la protección de los derechos humanos.²⁸ Por lo general, estas referencias se encuentran recogidas en los preámbulos del tratado,²⁹ pero también en sus cláusulas principales como ocurre cuando se protegen las competencias legislativas del Estado en temas como la salud, la seguridad o el medioambiente,³⁰ esto es, ámbitos relacionados con la protección de los derechos humanos. Asimismo, es posible encontrar estas referencias a los derechos humanos en las excepciones previstas al régimen de las inversiones basadas en los derechos laborales, la educación o el derecho de los pueblos indígenas o aborígenes.³¹

²⁶ Bohoslavsky, Juan Pablo y Justo, Juan Bautista, “Inversiones extranjeras y derechos humanos...”, *cit.*, pp. 67 y 68.

²⁷ Martínez Fraga, Pedro J., “Apuntes sobre la necesidad de armonizar el principio de protección de la inversión extranjera con el concepto de soberanía regulatoria del Estado en el arbitraje internacional: una oportunidad para forjar jurisprudencia transnacional”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. IV, núm. 2, 2011, pp. 384 y 385; Fernández Masía, Enrique, *op. cit.*, p. 26.

²⁸ Véase Petersen, Luke Eric, *op. cit.*, pp. 21-23; Olarte Bácares, Diana Carolina, *op. cit.*, pp. 702-704.

²⁹ Así ocurre, por ejemplo, en el TLC entre Chile y Uruguay de 2016.

³⁰ Véase entre otros los artículos 12 y 13 del TLC entre Estados Unidos y Uruguay, de 4 de noviembre de 2005; el artículo VIII del TBI entre Colombia y el Reino Unido, de 17 de marzo de 2010; artículo 12.8 del TLC entre Colombia y Costa Rica, de 22 de mayo de 2013; artículo 2.12 del Acuerdo de Profundización Económica y Comercial entre Perú y Brasil, de 29 de abril de 2016. En esta misma línea se sitúa el modelo de TBI de los EE.UU. de 2012.

³¹ Véase por ejemplo el artículo 18.1 a) y c) del TBI entre Chile y Hong Kong, de 18 de noviembre de 2016 o el Anexo I del TBI entre Canadá y Mongolia, de 8 de septiembre de 2016. En torno al tema de los pueblos indígenas y el DII, véase Arenas Meza, Miguel, “Inversiones extranjeras y derechos humanos en América Latina: con especial referencia al

Aunque la incorporación de estas referencias a los derechos humanos en los TBI supone un avance para restablecer el equilibrio entre la protección de la inversión y los intereses generales del Estado, no nos parece que, en sí mismas, sean suficientes para alcanzar dicho cometido, ya que se trata de referencias tímidas y a veces implícitas.³² Quizás por ello sea necesario explorar otras opciones más avanzadas, en la línea de alguno de los últimos TBI y de los capítulos de inversiones de ciertos acuerdos de libre comercio, donde ya se incluye una cláusula explícita en la que se reconoce los poderes regulatorios del Estado en el ámbito de los derechos humanos. La incorporación de dicho modelo de cláusula en estos acuerdos nos hacen ser optimistas de que, en un futuro próximo, la nueva generación de TBI latinoamericanos empiece a incluir fórmulas que equilibren la necesidad de proteger a los inversionistas extranjeros y el ejercicio de los poderes regulatorios del Estado, en tanto que elementos centrales para la vigencia de los derechos humanos. Ello, indudablemente, redundará positivamente en la realización de la inclusión social.

2. *El impacto de los laudos arbitrales que interpretan y aplican los TBI*

Un análisis de las decisiones arbitrales que interpretan y aplican los TBI, en casos relacionados con América Latina, nos revela que el actual sistema de arbitraje del DII se ha convertido en un obstáculo casi insalvable para que los Estados latinoamericanos puedan asumir un papel más activo en la realización de las promesas y garantías contenidas en su legislación interna y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, con el objeto de remediar la grave situación de exclusión social en la que se encuentran importantes sectores de su población. Pese a las críticas vertidas denunciando esta insostenible situación, lo cierto es que este sistema se ha mantenido inalterado en sus planteamientos y enfoques. No obstante, en la última década, se empiezan a percibir signos alentadores de que esta situación empieza a cambiar.

Por ello, reviste un especial interés poder analizar, por un lado, los términos en los que el arbitraje de inversiones ha afectado las capacidades del Estado anfitrión para ejercer sus potestades regulatorias en temas

derecho a consulta de los pueblos indígenas”, en Álvarez Zárate, José M. *et al.* (eds.), *¿Hacia dónde va América Latina respecto del derecho internacional de las inversiones?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, pp. 328-338; Bohoslavsky, Juan Pablo y Justo, Juan Bautista, “Inversiones extranjeras y derechos humanos...”, *cit.*, pp. 88-92.

³² Véase Olarte Bácares, Diana Carolina, *op. cit.*, p. 707.

relacionados con los derechos humanos y, de otra parte, examinar si esta situación ha experimentado algún cambio recientemente. Este análisis lo haremos centrándonos en dos ámbitos en los que esa afectación ha resultado particularmente evidente en la práctica; uno de ellos es el referido a las disputas vinculadas a inversiones en el sector de los servicios públicos (acceso al agua),³³ y el otro, el relacionado con la extracción de recursos naturales (minería, gas, petróleo).³⁴

A. Los efectos adversos de los laudos arbitrales

En varios arbitrajes de inversión, en ámbitos como los antes descritos, se comprueba que el órgano arbitral ha invocado, casi como un dogma, el planteamiento de que la normativa de derechos humanos no resulta aplicable a la controversia inversor-Estado, habiéndose utilizado dicho argumento como un elemento casi definitorio para desestimar la defensa del Estado anfitrión cuando justifica la adopción de medidas legislativas cuyo objeto es

³³ Entre las solicitudes de arbitraje planteadas en este ámbito, cabe mencionar las dirigidas contra Argentina ante el CIADI: *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal v. Argentina* (Caso CIADI Núm. ARB/97/3); *Aguas Provinciales de Santa Fe, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. e Interagua Servicios Integrales de Agua, S.A. v. Argentina* (Caso CIADI Núm. ARB/03/17); *Aguas Cordobesas, S.A., Suez, y Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. v. Argentina* (Caso CIADI Núm. ARB/03/18); *Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. v. Argentina* (Caso CIADI Núm. ARB/03/19); *Azurix Corp. v. Argentina* (Caso CIADI Núm. ARB/01/12); *Azurix Corp. v. Argentina* (Caso CIADI Núm. ARB/03/30); *SAUR International S.A. v. Argentina* (Caso CIADI Núm. ARB/04/4); *Impregilo S.p.A. v. Argentina* (Caso CIADI Núm. ARB/07/17); *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentina* (Caso CIADI Núm. ARB/07/26); y también la dirigida contra Bolivia *Aguas del Tunari S.A. v. Bolivia* (Caso CIADI Núm. ARB/02/3). En todos estos casos, se ventilaron cuestiones relacionadas al impacto de las reclamaciones de los inversionistas a tenor de los estándares de salud pública, y el acceso a servicios esenciales, como el agua potable y la recolección de aguas residuales. Sobre esta práctica arbitral y otra relevante véase Meshel, Tamar, "Human Rights in Investor-State Arbitration: The Human Right to Water and Beyond", *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 6, núm. 2, 2015, pp. 287-294.

³⁴ En los últimos años, numerosas solicitudes de arbitraje en América Latina han estado relacionadas con la extracción de recursos naturales, sobre todo en el ámbito de la minería. Entre ellas, cabe mencionar las planteadas ante el CIADI: *Pac Rim Cayman LLC v. El Salvador* (Caso CIADI Núm. ARB/09/12); *Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A. v. Colombia* (Caso CIADI Núm. ARB/16/6); *Dominion Minerals Corp. v. Panamá* (Caso CIADI Núm. ARB/16/13); *Infinito Gold Ltd. v. Costa Rica* (Caso CIADI Núm. ARB/14/5); *Crystallux International Corporation v. Venezuela* (Caso CIADI Núm. ARB [AF]/11/2); *Rusoro Mining Ltd. v. Venezuela* (Caso CIADI Núm. ARB [AF]/12/5); *Beer Creek Mining v. Perú* (Caso CIADI Núm. ARB/14/2); y la planteada ante la Corte Permanente de Arbitraje, *Copper Mining Corporation v. Ecuador* (Caso CPA N° 2012-2).

poner en práctica las políticas públicas necesarias para cumplir con sus compromisos de derechos humanos.³⁵ En este sentido, se asume *a priori* que el régimen de protección de las inversiones y el de los derechos humanos son dos campos herméticamente separados, y que por lo tanto no pueden interactuar de manera alguna, lo cual justifica el desplazamiento normativo de los instrumentos internacionales de derechos humanos al momento de interpretar y aplicar los TBI.³⁶ Este enfoque fragmentador del arbitraje de inversiones, que ignora la relevancia que poseen los derechos humanos al momento de dirimir una disputa inversor-Estado, y que afecta a las potestades regulatorias de este último, ha quedado puesto de manifiesto en distintas situaciones en la práctica arbitral.

Esto sucede, en primer lugar, cuando el laudo arbitral dificulta que el Estado anfitrión pueda implementar las políticas públicas encaminadas a alcanzar unos niveles mínimos de protección de los derechos humanos de su población, tal y como se lo exige su legislación interna y sus obligaciones internacionales en la materia. Esto suele ocurrir cuando se condena a dicho Estado por la adopción de determinadas medidas que suponen una violación de las reglas del TBI, sin que se haya valorado o tenido en cuenta la incidencia que tiene el tema de los derechos humanos en la solución de la disputa.³⁷ De forma más concreta, esta situación puede darse cuando el laudo desconoce un derecho fundamental o cuando invalida una medida legislativa —o de otro tipo— adoptada por el Estado anfitrión en cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos.

En la práctica ello ha tenido lugar cuando la medida regulatoria orientada razonable y fehacientemente hacia la protección de los derechos humanos es declarada arbitraria, abusiva, infundada o discriminatoria por el órgano arbitral. En este apartado se pueden incluir los distintos casos

³⁵ Al respecto véase Bohoslavsky, Juan Pablo y Justo, Juan Bautista, *Protección del derecho humano al agua y arbitraje de inversión*, Santiago de Chile, CEPAL-GIZ, 2011, pp. 33 y 34.

³⁶ Esto ocurrió cuando se condenó al gobierno argentino en los casos CIADI: *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal v. Argentina y Azurix Corp. v. Argentina*. Para una crítica a dicho planteamiento véase Simma, Bruno, “Foreign Investment Arbitration: A place for Human Rights?”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 60, núm. 3, 2011, pp. 578-581.

³⁷ En un supuesto de la práctica, la condena del órgano arbitral se produjo sin que siquiera el Estado anfitrión hubiese adoptado ninguna medida concreta que pudiese afectar al inversor. Así, en el asunto de *Aguas del Tunari v. Bolivia*, Bechtel (el inversor extranjero) demandó al gobierno boliviano a través del CIADI antes incluso de que éste hubiera adoptado alguna medida que protegiera el derecho de los bolivianos al agua, alegando que se había violado el artículo 5 del TBI holandés-boliviano (“trato justo y equitativo”), al no proporcionar protección contra las protestas que se habían desencadenado en la población por el aumento de las tarifas del agua.

arbitrales en los cuales se condenó a Argentina por las medidas generales y extraordinarias dictadas en virtud de su profunda crisis económico-social (2001-2005), que estaban destinadas a garantizar la accesibilidad a ciertos servicios públicos (derecho de acceso al agua potable).³⁸ Así, en el caso *Aguas Argentinas Suez c. Argentina*, el órgano arbitral sostuvo que había habido una violación del principio de “trato justo y equitativo” y rechazó la justificación dada por las autoridades argentinas de esta situación, basada en la existencia de un estado de emergencia. Este caso, en particular, genera una cierta preocupación por la capacidad que tienen los TBI de limitar el espacio político de los gobiernos para implementar políticas públicas, incluso en los casos de “estado de necesidad o emergencia”.³⁹

Una segunda situación a considerar tiene lugar cuando el Estado receptor se inhibe —por su *quantum*— de adoptar las medidas necesarias para la implementación de políticas públicas en materia social, debido a que el laudo le impone un alto coste económico en concepto de indemnización al inversor;⁴⁰ hecho éste que, por su enorme repercusión para las arcas públicas, le disuade de adoptar cualquier medida legislativa en materia de política social —actual o futura—. ⁴¹

³⁸ Una amplia relación de estos casos puede verse en la nota 33.

³⁹ Véase al respecto Parma, Agustín, “La interpretación de las cláusulas de emergencia en el derecho internacional económico. Una aproximación a partir del caso argentino en el CIADI”, en Álvarez Zárate, José M. *et al.* (eds.), *¿Hacia dónde va América Latina respecto del derecho internacional de las inversiones?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, pp. 61-86.

⁴⁰ Así por ejemplo, en el caso en el que se enfrentaron el Estado de Ecuador y el consorcio de empresas petroleras *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company*, el gobierno de dicho país fue condenado a pagar, en concepto de indemnización, 1.770 millones de USD, una suma que jamás había sido ordenada por un tribunal CIADI. *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador*, Caso CIADI Núm. ARB/06/11, Laudo de 5 de octubre de 2012. En 2015, después de ser apelada ante el propio CIADI, la decisión fue revisada a la baja respecto a su monto, llegando a la suma de 1.061,777 millones de USD, *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador*, Caso CIADI Núm. ARB/06/11, Decision on Annulment of the Award de 2 de noviembre 2015. Más recientemente, un tribunal del CIADI condenó a Venezuela a pagar la suma de 1.380 millones de USD a la empresa minera Crystallex, *Crystallex International Corporation v. Venezuela*, Caso CIADI Núm. ARB (AF)/11/2, Laudo de 4 de abril de 2016. Ese mismo año, otro tribunal condenó a Venezuela a pagar más de 1.200 millones de USD al consorcio minero Rusoro, *Rusoro Mining Ltd. v. Bolivia v. Venezuela*, Caso CIADI Núm. ARB (AF)/12/5, Laudo de 22 de agosto.

⁴¹ Dentro de estos costes económicos, no solo se incluyen los montos indemnizatorios que se le exigen al Estado en la demanda, sino que hay que añadir las costas procesales, que suelen incluir las tasas de la institución arbitral y los honorarios de los árbitros; lo cual, en su conjunto, puede constituir una carga demasiado pesada para el

En este caso, el laudo produce lo que se conoce como el fenómeno del “*chilling effect*” o enfriamiento regulatorio, que consiste en la inhibición que sufren las autoridades del Estado anfitrión para modificar y mejorar la legislación interna en materia social, puesto que temen las consecuencias legales que puedan sobrevenir en caso de ser llevados ante un tribunal arbitral.⁴² El temor del Estado a ser sometido a cargas indemnizatorias excesivas, independientemente del resultado del arbitraje —incluso cuando cuente con posibilidades de conseguir una decisión favorable— puede tener el efecto de limitar el desarrollo e implementación del espacio necesario para la creación de políticas públicas en favor del medio ambiente y de los derechos humanos.

Así por ejemplo, en la demanda interpuesta por la minera canadiense Pacific Rim ante el CIADI en 2008, se exigía a El Salvador un monto compensatorio de unos 300 millones de USD por supuestas pérdidas al no haber obtenido permiso para explotar la mina de oro El Dorado, en Cabañas, debido a que la compañía no había cumplido con la legislación salvadoreña.⁴³ El monto de la demanda era equivalente al uno por ciento del producto interior bruto del país (PIB); por lo que, su posible desembolso, hubiese tenido consecuencias devastadoras para la pequeña economía del país centroamericano. Durante los ocho años que duró el arbitraje, el *quantum* de lo solicitado por el inversor en la demanda se convirtió en una pesada carga para que el Estado salvadoreño pudiese implementar las políticas públicas necesarias para adecuar los servicios públicos del país, en sectores como el medio ambiente, la salud o la educación, a los estándares convencionales.⁴⁴ El pasado 14 de

Estado demandado. Véase al respecto Fernández Masiá, Enrique, *op. cit.*, p. 15. A ello hay que sumar los elevados costos que debe pagar el Estado para su defensa: actualmente el promedio para sufragar únicamente los gastos en honorarios de despachos de abogados en Nueva York, Washington, Ginebra o Madrid (y ello, independientemente del resultado final), ronda los 8 millones de USD. En el caso *Pacific Rim*, El Salvador tuvo que desembolsar 12 millones de USD en concepto de honorarios de abogados. Por su parte, en el caso *Crystallex*, Venezuela reconoció haber gastado más de 14 millones de USD. Véase al respecto Boeglin, Nicolás, *A propósito de la reciente demanda contra Panamá ante el CIADI: breves apuntes*, 5 de agosto de 2016, disponible en: <http://www.eljurista.eu/2016/05/08/a-proposito-de-la-reciente-demanda-contra-panama-ante-el-ciadi-breves-apuntes/>.

⁴² Al respecto véase Bohoslavsky, Juan Pablo y Justo, Juan Bautista, “Inversiones extranjeras y derechos humanos...”, *cit.*, p. 74.

⁴³ Sobre este caso véase Pérez-Rocha, Manuel, “El caso Pacific Rim contra El Salvador: una muestra de cómo las corporaciones agresoras del medio ambiente se convierten en víctimas”, *Aportes DPLE; Revista de la Fundación para el Debido Proceso*, año 8, núm. 20, 2015, pp. 46-48.

⁴⁴ Para un amplio análisis de casos de la práctica en dónde se documenta la medida en que el arbitraje de inversiones ha inhibido a los gobiernos —incluidos los latinoamericana-

octubre de 2016, en una decisión sin precedentes, el órgano arbitral desestimó todas las pretensiones presentadas por la demandante Oceana Gold (que había absorbido a Pacific Rim) y le ordenó pagar a El Salvador la suma de 8 millones de USD por los costes legales incurridos en el arbitraje.⁴⁵

Por otro lado, es posible que el fenómeno del enfriamiento regulatorio pueda deberse también a las argumentaciones desplegadas por los árbitros en los laudos, ya que, en ocasiones, éstas pueden influir en la decisión del Estado de inhibirse de adoptar medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones de derechos humanos. Ello sucede cuando los árbitros interpretan estándares clave de los TBI, como “inversión”, “expropiación”, “trato justo y equitativo” o incluso “expropiación indirecta” en términos sumamente amplios. Estas interpretaciones extensivas de los términos del TBI pueden conducir a resultados impredecibles al momento de aplicar los estándares de protección contenidos en dichos instrumentos, debido al elevado porcentaje de actividad estatal que potencialmente puede considerarse “injusta” o “no equitativa”, o que haya causado al inversor algún daño económico. Todo ello puede tener efectos adversos sobre la capacidad del Estado anfitrión a la hora de diseñar las políticas públicas en interés general, especialmente en temas económicos, sociales y medioambientales, pues los argumentos desplegados pueden influir en su decisión de adoptar las medidas necesarias para implementar tales políticas.⁴⁶

De todo este análisis realizado de la práctica en materia de arbitraje de inversiones, se desprende que las potestades regulatorias del Estado anfitrión y su capacidad para implementar las políticas de salud, medioambientales y laborales mínimas para garantizar la realización de sus compromisos en materia de derechos humanos se han visto comprometidas por los laudos que interpretan y aplican los TBI.⁴⁷ La afectación de la capacidad regulatoria del Estado se ha visto agravada, como vimos, con el fenómeno del “efecto enfriador” de ciertos laudos —e incluso de los argumentos desplegados por los árbitros en ellos—, pues ello se ha convertido en un escollo casi insupe-

nos— cuando regulan en nombre del interés general, véase Pérez, Javier *et al.*, *Sleeping Lions. Tratados internacionales de inversión, conflictos inversor-Estado y acceso a alimentos, tierra y agua*, Oxfam, 2011, pp. 21-39, disponible en: https://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/dp-sleeping-lions-260511-es_0.pdf.

⁴⁵ *Pac Rim Cayman LLC v. El Salvador*, Caso CIADI Núm. ARB/09/12, Laudo 14 de octubre de 2016.

⁴⁶ Véase Experto independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, *Informe del experto independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo*, A/HRC/30/44, 14 de julio de 2015, pp. 9 y 10.

⁴⁷ Al respecto véase Bohoslavsky, Juan Pablo y Justo, Juan Bautista, “Inversiones extranjeras y derechos humanos...”, *cit.*, p. 70; Olarte Bácares, Diana Carolina, *op. cit.*, p. 699.

nable para que el Estado anfitrión pueda adoptar las medidas legislativas necesarias para asegurar el bienestar de su población en el disfrute de sus derechos fundamentales, especialmente de los derechos socioeconómicos.⁴⁸ Este estado de cosas ha contribuido a que se produzca un importante retroceso en la protección de esos derechos, y a que amplios sectores sociales en América Latina se encuentren excluidos de la cobertura que les reconocen y garantizan los principales instrumentos de derechos humanos.

Ante una realidad como ésta, resulta imperioso que el arbitraje de inversiones modifique su rígido enfoque al abordar sus relaciones con la normativa de derechos humanos. No es una tarea sencilla, por cuanto su enfoque sobre esta cuestión ha sido asumido casi como un dogma. Este panorama negativo, sin embargo, parece que empieza a cambiar en la práctica reciente, y se anuncia un nuevo amanecer tras esta “oscura noche” del inversor.

B. *Evolución reciente de la práctica de arbitraje de inversiones*

En la última década se comienza a percibir un cambio en la práctica arbitral en relación con lo que ha sido el enfoque “clásico” de la misma acerca de las relaciones entre el DII y los derechos humanos. En dicho cambio, se vislumbra un resquebrajamiento en ése carácter hermético y fragmentador que ha tenido hasta ahora dicha práctica que, como vimos en el punto anterior, ignora o prescinde por completo de la normativa de derechos humanos, habiéndose optado por un enfoque que privilegia la integración sistémica o no fragmentadora.

En este cambio ha tenido mucho que ver el caso *SAUR Internacional S.A. v. Argentina*, en donde el órgano arbitral sostuvo con total claridad que tanto el régimen de protección de las inversiones como el de los derechos humanos operan *sobre planos diferentes*, lo que implica que el Estado anfitrión debe cumplir con las obligaciones jurídicas que dimanen tanto de uno como de otro sistema normativo. Por lo tanto, no resulta posible valorar la actividad estatal únicamente desde el ámbito del régimen de las inversiones, sino que habrá que tener en cuenta también sus obligaciones en materia de derechos humanos. De ello se deriva que la interrelación entre el DII y los derechos humanos solo podrá ser abordada desde una perspectiva de complementa-

⁴⁸ Véase Experto independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, *op. cit.*, p. 6.

riedad o coordinación entre ambos ordenamientos.⁴⁹ Este planteamiento, expuesto por el tribunal arbitral, tiene una extraordinaria relevancia, puesto que marca un punto de inflexión en la práctica arbitral inversor-Estado al reconocer que el régimen de protección de las inversiones no constituye un espacio disociado del de los derechos humanos.

Desde entonces ha sido bastante frecuente encontrarse en América Latina con arbitrajes en los que se recogen referencias explícitas a la temática de los derechos humanos y a los instrumentos internacionales en esta materia y en temas conexos —tales como acuerdos medioambientales, laborales, o de pueblos indígenas—, destacando en particular las menciones expresas a la CADH. Asimismo, en ocasiones los árbitros han utilizado argumentos basados en los derechos humanos al momento de dirimir la disputa inversor-Estado. La invocación de estos derechos ha sido realizada en contextos muy diversos. En algunos casos ha sido para aclarar el alcance de disposiciones del TBI, y en otros para precisar determinados aspectos procedimentales o jurisdiccionales de la disputa.

Entre los casos más recientes, cabe referirse al caso *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosc Kaplún v. Bolivia*, donde el órgano arbitral utilizó argumentos de derechos humanos para justificar la obligatoriedad para las partes de las medidas provisionales dictadas por un órgano arbitral, aportando a este respecto jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).⁵⁰ Por su parte, en el caso *Flughafen Zürich A.G. y Gestión e Ingeniería IDC S.A. c. Venezuela*, el tribunal invocó expresamente el artículo 8 de la CADH por entender que en la tramitación de una auditoría técnica sobre ciertos aspectos relacionados con la concesión para la construcción del “Aeropuerto Internacional del Caribe Santiago Mariño”, ubicado en la Isla Margarita, no se había respetado el principio básico de justicia de que ninguna persona puede ser condenada sin antes haber tenido la oportunidad de hacer oír sus argumentos.⁵¹

En este análisis de la evolución de la práctica arbitral hay que hacer referencia también a dos casos recientes en donde se percibe, quizá con mayor nitidez, ese cambio de enfoque en el arbitraje de inversiones, que

⁴⁹ *SAUR International S.A. v. Argentina*, Caso CIADI Núm. ARB/04/4, Laudo de 19 de diciembre de 2016, párrs. 330 y 331. En concreto, en este caso el órgano arbitral habló de una “aplicación compatible” de ambos sectores del ordenamiento internacional. Esta interpretación de lo expuesto por el órgano arbitral no es compartida unánimemente en la doctrina, véase en este sentido Meshel, Tamar, *op. cit.*, p. 294.

⁵⁰ *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosc Kaplún v. Bolivia*, Caso CIADI Núm. ARB/06/2, Laudo de 16 de septiembre de 2015.

⁵¹ *Flughafen Zürich A.G. y Gestión e Ingeniería IDC S.A. v. Venezuela*, Caso CIADI Núm. ARB/10/19, Laudo de 18 de noviembre de 2014.

aboga por una integración sistémica o no fragmentadora entre el DII y los derechos humanos. Nos referimos, en primer lugar, al caso *Phillip Morris v. Uruguay*.⁵² En este caso, el tribunal consideró que las medidas adoptadas por el gobierno uruguayo para desestimular el consumo de tabaco entre la población, prohibiendo la utilización en los paquetes de cigarrillos de distintos adjetivos, como “light” o “mentolado”, fueron medidas razonables y adoptadas de buena fe para implementar obligaciones internacionales asumidas por el Estado, como el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco u otros convenios internacionales que vinculan a Uruguay y que garantizan el derecho a la salud.⁵³ En el segundo caso, *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa v. Argentina*, el órgano arbitral fue sumamente claro cuando indicó que las disposiciones aplicables a las disputas surgidas en el marco del TBI (España-Argentina), de acuerdo con lo establecido por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, no podían interpretarse y aplicarse únicamente con base en lo dispuesto en el propio tratado de inversiones, sino que además debía tenerse en cuenta las reglas relevantes del derecho internacional y, de modo especial, las de derechos humanos.⁵⁴

Estos cambios que se detectan en la práctica más reciente permiten augurar nuevos tiempos en el arbitraje de inversiones. Principalmente porque, tras estos últimos laudos, parece evidente que el enfoque fragmentador de las relaciones entre el DII y los derechos humanos, que hasta hace poco tiempo se aplicó casi como un dogma en distintos arbitrajes, es algo que hoy en día no se sostiene, y que, por lo tanto, es preciso adoptar un enfoque distinto que tenga en cuenta no solo los intereses del inversor sino también los del Estado anfitrión. En este sentido, en los distintos casos analizados de la

⁵² *Phillip Morris Brand SARL, Phillip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. v. Uruguay*, Caso CIADI Núm. ARB/10/7, laudo de 8 de julio de 2016.

⁵³ En este punto, en concreto, el laudo dice lo siguiente: “...it is based on these obligations that the SPR and the 80/80 Regulation have been adopted. The FCTC is one of the international conventions to which Uruguay is a party guaranteeing the human right to health; it is of particular relevance in the present case, being specifically concerned to regulate tobacco control”, *ibidem*, párr. 304. Por la anterior razón, las medidas normativas adoptadas por el gobierno uruguayo no fueron consideradas arbitrarias, desproporcionadas o discriminatorias, *ibidem*, párr. 420.

⁵⁴ *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa v. Argentina*, Caso CIADI Núm. ARB/07/26, Laudo de 8 de diciembre de 2016, párr. 1200. En apoyo de su argumentación, el tribunal citó el caso *Tulip Estate and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey*, en el cual el Comité *ad hoc* se refirió al *principio de integración sistémica*, “stating that resort to authorities stemming from the field of human rights is a legitimate method of treaty interpretation”, *Tulip Estate and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey*, Caso CIADI Núm. ARB/11/28, Decision on Annulment de 30 de diciembre de 2015, párrs. 86-92.

práctica, se pudo comprobar que los órganos arbitrales, a la hora de dirimir la controversia, se decantaron claramente por un enfoque de integración sistémica o no fragmentador, antes que por el enfoque tradicional,⁵⁵ lo cual resulta algo positivo, ya que se trata de una señal alentadora de que el DII comienza, por fin, a progresar.⁵⁶

La evolución experimentada por el arbitraje de inversiones plantea, a su vez, interesantes perspectivas para la realización de la inclusión social del ICCAL. Y es que, a través del reconocimiento de que los derechos humanos resultan aplicables a la disputa inversor-Estado, existen amplias posibilidades de que el Estado anfitrión recupere el espacio necesario para ejercer sus potestades regulatorias que le permitan poner en práctica las políticas públicas necesarias para hacer realidad las promesas y garantías contenidas en su constitución, así como en distintos tratados internacionales, en lo relativo a los derechos humanos. La recuperación de esos poderes regulatorios, por tanto, abre nuevas expectativas para el Estado anfitrión en lo que se refiere a la integración de amplios sectores excluidos de su población en los sistemas sociales, en la medida en que se consigue superar el principal escollo que impedía la realización efectiva de las antedichas promesas y garantías.

V. ¿CÓMO SE PODRÍAN EVITAR LOS IMPACTOS NEGATIVOS DE LOS TBI SOBRE LA INCLUSIÓN SOCIAL?

En orden a superar los efectos adversos que producen los TBI y los laudos arbitrales que los interpretan y aplican sobre la inclusión social, es preciso establecer, como ya lo avanzamos, mecanismos de diálogo entre el DII y los derechos humanos, prestando sobre todo una especial atención a aquellos que puedan contribuir a superar la situación de exclusión social en la que se encuentran inmersos amplios sectores sociales en América Latina.⁵⁷ En este sentido, las propuestas de diálogo normativo que se formulan más abajo buscan favorecer la inclusión social de estas personas en los sistemas sociales.

El punto de partida de este diálogo normativo pasa por el reconocimiento de que la normativa nacional e internacional en materia de protección de los derechos humanos no puede ser ignorada ni en los TBI ni en las

⁵⁵ En este mismo sentido véase Olarte Bácares, Diana Carolina, *op. cit.*, p. 701.

⁵⁶ Por ejemplo, el cambio de enfoque permitiría atenuar o mitigar el “efecto enfriador” que produce el arbitraje de inversiones sobre el Estado anfitrión, pero difícilmente produciría su completa desaparición.

⁵⁷ Véase también los capítulos de Christina Binder y Manuel Eduardo Góngora Mera en este volumen.

decisiones arbitrales en controversias inversor-Estado.⁵⁸ En este sentido, el régimen de protección de las inversiones ha de asumir que no es inmune a la normativa de derechos humanos, y también ha de reconocer el fuerte impacto que tiene dicha normativa —sobre todo la CADH— como condicionante de toda la actividad del Estado anfitrión.⁵⁹ Este reconocimiento sería un elemento esencial para sentar las bases de una relación armoniosa entre el DII y los derechos humanos, evitando las tensiones generadas entre ambos órdenes en el pasado.

Entrando en el examen de las propuestas concretas, hay que referirse en primer término a los TBI. En el caso de estos instrumentos, urge alcanzar un mayor grado de equilibrio entre los intereses del inversor extranjero y los del Estado anfitrión. En particular, resulta necesario modificar y readaptar los contenidos de sus disposiciones para adecuarlos a la normativa de derechos humanos. A este respecto sería necesario introducir fórmulas que garanticen que el Estado pueda ejercer su potestad regulatoria en sectores básicos, tales como el acceso a la salud, los derechos laborales o la protección del medio ambiente.⁶⁰ Estas referencias tendrían que incluirse en el texto principal del TBI y no solo en el preámbulo, con objeto de darles mayor fuerza jurídica.

En la práctica reciente encontramos algún ejemplo interesante de esto último. Así, en el TBI firmado entre Argentina y Qatar, de 6 de noviembre de 2016 —que aún no ha entrado en vigor—, se incluye una disposición, el artículo 10 (*Derecho a regular*), que dice lo siguiente: “Ninguna de las disposiciones del presente Tratado afectará el derecho inherente de las Partes Contratantes a regular dentro de sus territorios a través de las medidas necesarias para lograr objetivos políticos legítimos, como la protección de

⁵⁸ Bohoslavsky, Juan Pablo y Justo, Juan Bautista, *Protección del Derecho...*, *cit.*, p. 17.

⁵⁹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos comparte esta misma orientación y así ha tenido ocasión de expresarlo frente a la invocación estatal de un TBI, en el marco de causas contenciosas por responsabilidad del Estado, cuando sostuvo que “la aplicación de acuerdos comerciales bilaterales no justifica el incumplimiento de las obligaciones estatales emanadas de la Convención Americana; por el contrario, su aplicación debe ser siempre compatible con la Convención Americana, tratado multilateral de derechos humanos dotado de especificidad propia, que genera derechos a favor de individuos y no depende enteramente de la reciprocidad de los Estados”. Corte IDH, Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C Núm. 146, párr. 140.

⁶⁰ Véase Experto independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, *op. cit.*, p. 5.

la salud pública, la seguridad, el medio ambiente, la moral pública, y la protección social y del consumidor”.⁶¹

La incorporación de este modelo de cláusula en el TBI argentino-qatarí resulta algo inédito en el contexto de los TBI latinoamericanos. Pero en cambio no es algo extraño en el ámbito del capítulo de inversiones de ciertos acuerdos de libre comercio, dónde su presencia no solo es habitual sino que además es considerada como clave para contrarrestar los efectos adversos que produce el régimen de inversiones en la capacidad reguladora de los Estados para proteger objetivos legítimos de bienestar público.⁶² Se trata de un planteamiento que guarda estrecha relación con algunas iniciativas lanzadas a nivel multilateral desde la UNCTAD, en las cuales se recomienda a los

⁶¹ Texto disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5382>.

⁶² Así, por ejemplo, el artículo 10.31 (*Inversión y Medidas sobre Salud, Medioambiente y otros Objetivos Regulatorios*) del “Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico”, de 10 de febrero de 2014, en su apartado 1, dice lo siguiente: “Nada de lo dispuesto en el presente Capítulo se interpretará como un impedimento para que una Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida..., que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia de salud, medioambientales u otros objetivos regulatorios”. Por su parte, el “Acuerdo Económico y Comercial Global” (AECG o CETA), suscrito entre la Unión Europea y Canadá el 30 de octubre de 2016, es mucho más explícito e incorpora una previsión expresa dirigida a neutralizar los efectos negativos que puede producir el Acuerdo en la capacidad reguladora de los Estados en ámbitos como el social, laboral, medioambiental, el de la salud pública o el de los derechos humanos. Se trata, en concreto, del artículo 8.9 (*Inversiones y Medidas Reglamentarias*), que dispone que “1. A los efectos del presente Capítulo, las Partes reafirman su *derecho a regular* en sus territorios para alcanzar objetivos políticos legítimos, como la protección de la salud pública, la seguridad, el medio ambiente, la moral pública, la protección social o de los consumidores y la protección de la diversidad cultural (énfasis añadido). 2. Para mayor seguridad, el mero hecho que una parte regule, incluso mediante una modificación de su legislación, de tal forma que afecte negativamente a las inversiones o no satisfaga las expectativas de un inversor, incluidas sus expectativas de beneficios, no constituye un incumplimiento de ninguna de las medidas establecidas en la presente sección”. Para reforzar este “derecho a regular”, el Anexo 8A, sobre expropiación, en su apartado 3 indica que “las medidas no discriminatorias adoptadas por una Parte que se conciben y se aplican para proteger objetivos legítimos de bienestar público, como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, no constituyen una expropiación indirecta”, salvo que el impacto de las “medidas sea tan grave en relación con su finalidad que resulte manifiestamente excesivo”. Al parecer, estas previsiones no han resultado ser suficientemente claras como para garantizar la potestad regulatoria de los Estados. De ahí que, cuando se firmara el CETA, se decidiera incluir un “*Instrumento Interpretativo Conjunto*”, en el cual se confirma que el Acuerdo preserva la capacidad de las Partes de adoptar y aplicar sus propias leyes y reglas que regulen la actividad económica en el interés público para lograr objetivos legítimos de orden público. Al respecto, véase Iruretagoiena Agirrezabalaga, Iñigo, “La firma del Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá: un primer y decisivo paso hacia el establecimiento de un renovado marco legal para las inversiones extranjeras en el ámbito europeo y global”, *La Ley Unión Europea*, año IV, núm. 42, 2016, pp. 1-9.

formuladores de políticas de inversión que, al diseñar las disposiciones de los acuerdos de inversiones, incorporen cuestiones de desarrollo sostenible —en las que se incluyen temas de derechos humanos—, preservando el derecho a regular en esta materia y equilibrando los derechos y obligaciones de los Estados y los inversores.⁶³

En este sentido, nos parece que el modelo de cláusula del TBI Argentina-Qatar reúne los elementos necesarios para salvaguardar el “derecho a regular” del Estado anfitrión y para establecer un equilibrio razonable entre sus intereses y los del inversor. En esa medida, pensamos que se trata de un modelo de cláusula a tener en cuenta en los futuros TBI latinoamericanos. Esto, a su vez, abre nuevas posibilidades para la realización de la inclusión social, toda vez que, a través del reconocimiento convencional del “derecho a regular” en una disposición específica del TBI, el Estado se encuentra en mejores condiciones de hacer realidad las promesas y garantías contenidas en su legislación nacional y en los instrumentos de derechos humanos, con miras a integrar a sectores de su población que se encuentran excluidos de los sistemas sociales.

Por último, hay que indicar que otra de las fórmulas que se han barajado con el propósito de equilibrar los intereses del inversor y el Estado en los TBI es la de incorporar en ellos disposiciones directas en las que se haga mención a derechos humanos específicos o a instrumentos internacionales en la materia, como la CADH.⁶⁴

En lo que respecta al arbitraje de inversiones, creemos que es necesario que los árbitros, al momento de interpretar y aplicar los conceptos y estándares de protección previstos en los TBI, tomen en consideración el contexto social (*interpretación contextual de los términos del TBI*). En esta interpretación contextual, se debería tener en cuenta lo dispuesto en los instrumentos de

⁶³ Véase UNCTAD, *Guía de Acuerdos Internacionales de Inversión para el Desarrollo Sostenible*, 2015, pp. 38-54, disponible en: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/Fina%20version%20Gu%C3%ADa_de_Acuerdos_Internacionales_de_Inversi%C3%B3n_para_el_Desarrollo_Sostenible_2015.pdf. Este tipo de propuestas, destinadas a reformular los términos de las cláusulas de los TBI, apuntan a concederle un mayor espacio regulatorio a los Estados huéspedes en ámbitos de especial significación y relevancia social y que no se limite de manera irrazonable su margen de maniobra para poder aplicar políticas públicas. Véase al respecto Fernández Masiá, Enrique, *op. cit.*, pp. 11 y 12.

⁶⁴ La incorporación de estas referencias explícitas vinculadas a los derechos humanos podría contribuir a precisar el alcance y los contornos de los estándares incluidos en un TBI, algo que resulta particularmente necesario teniendo en cuenta que los términos de estos tratados son por su propia naturaleza poco precisos, como ocurre sobre todo con el principio de “trato justo y equitativo” o el de “expropiación indirecta”. Véase al respecto Sommer, Christian G., *op. cit.*, pp. 10 y 11; Dumberry, Patrick y Dumas-Aubin, Gabrielle, *op. cit.*, pp. 9-10.

derechos humanos. En su análisis de la interacción entre los dos ordenamientos involucrados —el DII y los DH—, los árbitros no pueden, por tanto, prescindir de ninguno de ellos, ya que los inversionistas, como vimos antes, no son inmunes a lo establecido en dichos instrumentos.⁶⁵ La pauta básica para gestionar razonablemente esa interacción normativa obligaría a los árbitros a encontrar lecturas del TBI que resulten compatibles con las obligaciones del Estado anfitrión en materia de derechos humanos, y viceversa.

Esta interpretación contextual puede producirse en distintas etapas del procedimiento arbitral. Lo más habitual es que tenga lugar al momento de valorar las medidas regulatorias adoptadas por el Estado anfitrión para implementar políticas públicas en favor de su población. En este caso, los árbitros deberán evaluar si la adopción de dichas medidas es consecuencia de una exigencia impuesta por sus obligaciones de derechos humanos. Si esto es así, se deberá evitar que el laudo pueda comprometer la eficacia de las medidas adoptadas. Pero también es posible que haya que acudir a dicha interpretación cuando el órgano arbitral entra a analizar las objeciones planteadas a la admisibilidad de la demanda. Y es que, en ocasiones, puede ocurrir que la protección de un inversor en virtud de un TBI se vea condicionada por su respeto a las obligaciones de derechos humanos (doctrina de *unclean hands*). En este sentido, si el tribunal arbitral llegara a la conclusión de que un inversor ha cometido violaciones de los derechos humanos contraviniendo sus obligaciones asumidas bajo el TBI, podría declarar inadmisibile su reclamación. En ese hipotético caso, nos parece que la doctrina de “*unclean hands*” podría convertirse en un elemento a tener en cuenta en la interacción entre el DII y los derechos humanos. No obstante, laudos recientes no nos hacen ser demasiados optimistas acerca de esta posibilidad.⁶⁶

⁶⁵ Véase Meshel, Tamar, *op. cit.*, p. 293; Tanzi, Attila, *op. cit.*, p. 593.

⁶⁶ Recientemente, en el laudo arbitral en el caso *Copper Mesa Mining Corporation v. Ecuador*, el órgano arbitral desestimó la objeción planteada a la admisibilidad de la demanda, basada en la doctrina de *unclean hands*. En concreto, Ecuador sostuvo que el tribunal debía desestimar la demanda en relación con una de las tres concesiones que eran objeto de la reclamación, ya que, en ese caso concreto, los demandantes “have committed flagrant breaches of Ecuadorian and international human rights law and international public policy”. El tribunal estimó que la citada doctrina no podía aplicarse, entre otros motivos, porque las denuncias por supuestas violaciones de derechos humanos se habían producido después de iniciado el arbitraje y no antes, y además, porque desde un punto de vista jurídico era mucho más apropiado valorar el caso planteado por la demandante desde la perspectiva de las doctrinas análogas de “causation and contributory fault”. *Copper Mesa Mining Corporation v. Ecuador*, Caso CIPA Núm. 2012-2, Laudo de 15 de marzo de 2016, párrs. 5.36 a 5.67.

En cualquier caso, las ventajas que presenta la interpretación contextual de las disposiciones del TBI son indudables. No solo facilita una interacción “armoniosa” entre estos dos sistemas normativos —el DII y los DH— y contribuye a evitar cualquier posible fragmentación del derecho internacional,⁶⁷ sino que además permite superar las fricciones que se producen entre estos dos ordenamientos en relación con el espacio disponible para que el Estado anfitrión pueda implementar las políticas vinculadas al desarrollo social. En efecto, como vimos antes, el “enfriamiento regulatorio” que puede resultar de ciertas interpretaciones de la normativa de inversiones puede reducir la capacidad del Estado para cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos, incluyendo su deber de regulación. En este sentido, una interpretación contextual puede contribuir a que el Estado recupere ese espacio regulatorio.⁶⁸ Es posible, sin embargo, que este diálogo normativo no pueda llevarse a cabo o incluso fracase, en cuyo caso habría que explorar otras opciones. Una de las propuestas que se han barajado habla acerca de la necesidad de redefinir el papel de las autoridades nacionales —sobre todo de los jueces— para que, al ser los llamados a dar cumplimiento a las obligaciones de derechos humanos recogidas en su ordenamiento jurídico interno, ejerzan un control de convencionalidad sobre las decisiones adoptadas en el marco de los arbitrajes de inversión, analizando si las mismas resultan compatibles con los principales instrumentos de derechos humanos y, muy especialmente, con la CADH.⁶⁹

⁶⁷ Puesto que en ningún TBI se prescinde de forma expresa de la aplicación de convenciones de derechos humanos, existen distintas vías formales para que el DII sea aplicado de manera consistente con el de los derechos humanos, entre las que cabe mencionar al artículo 42 de la Convención del CIADI, al artículo 31.3.c de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) de 1969, o a las cláusulas abiertas de los TBI que hacen referencia a la aplicación del derecho internacional.

⁶⁸ Este parece haber sido el planteamiento adoptado por el órgano arbitral en el caso CIADI *SAUR Internacional S.A. v. Argentina*, cuando indicó que “...el acceso al agua potable constituye, desde la óptica del Estado, un servicio público de primera necesidad y, desde la óptica del ciudadano un derecho fundamental. Por ello, en esta materia el ordenamiento jurídico puede y debe reservar a la Autoridad pública legítimas funciones de planificación, supervisión, sanción, intervención e incluso rescisión, en protección del interés general”, reconociendo de esta manera un cierto margen de apreciación al Estado anfitrión acerca de los actos que puede emprender con el objetivo de proteger los derechos humanos de sus ciudadanos en caso de que estos se vean afectados por la inversión. Luego precisa su postura afirmando que “el ejercicio de esos poderes no es omnímodo sino que debe ser conjugado con el respeto a los derechos y garantías otorgadas al inversor extranjero en virtud del TBI”, *SAUR Internacional S.A. v. Argentina*, *op. cit.*, párrs. 330 y 331, respectivamente.

⁶⁹ Bohoslavsky, Juan Pablo y Justo, Juan Bautista, *Protección del derecho...*, *cit.*, pp. 27-32. Véase también el capítulo de Juan Bautista Justo y Juan Pablo Bohoslavsky en este volumen.

Otras propuestas inciden en la necesidad de reformar urgentemente el mecanismo de arreglo de controversias inversor-Estado para el futuro, por tratarse de un mecanismo antidemocrático y poco transparente, y de revisar los actuales TBI cuando sus disposiciones entren en conflicto con la normativa de derechos humanos. En relación con esto último, se ha señalado que los Estados deben revisar y, cuando sea necesario, rescindir los TBI que entren en conflicto con los derechos humanos, aplicando para ello los procedimientos establecidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) de 1969 (artículo 65 y ss.).⁷⁰ Este planteamiento rupturista parte de la idea de que los TBI nunca tuvieron la intención de convertirse en prisiones para los Estados, y de que el arbitraje de inversiones y el CIADI se han convertido en instituciones de coerción económica que impiden a éstos cumplir con sus obligaciones de derechos humanos; por lo que dichos instrumentos deberían ser desmantelados y reinventados a través de la CVDT.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

El examen realizado anteriormente nos ha permitido comprobar que el concepto de inclusión del ICCAL puede jugar un papel importante en la redefinición de las relaciones entre el DII y los derechos humanos en América Latina. Dicho concepto podría ser tomado como referencia en los TBI—futuros y los que se encuentran actualmente renegociando—, ya que podría servir para atenuar los efectos adversos que tradicionalmente han tenido estos instrumentos y los laudos arbitrales que los interpretan y aplican sobre los DH. Estos efectos, como vimos, han impedido que el Estado anfitrión pueda ejercer sus potestades regulatorias con el fin de implementar las políticas públicas para hacer efectivos sus compromisos en materia de derechos humanos; siendo ello particularmente evidente en el caso de los derechos socioeconómicos. En este sentido, nos parece que el concepto en cuestión podría contribuir a que el Estado anfitrión recupere el espacio necesario para poner en práctica las políticas públicas mínimas en beneficio de sus ciudadanos, especialmente de aquellos sectores de la población que se encuentran en situación de grave exclusión social.

Pero además, estimamos que se trata de un concepto que tendría relevancia en un momento como el actual, en el cual el sistema de TBI y el arbitraje

⁷⁰ Experto independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, *op. cit.*, pp. 13 y 15-17.

de inversiones han entrado en una fase de crisis de legitimidad en América Latina, ya que sus propuestas armonizadoras podrían servir para minimizar algunos de los problemas que esa crisis de legitimidad genera en la práctica, lo cual, a su vez, haría más sostenible todo el régimen de protección de las inversiones. En definitiva, pensamos que en el contexto de las relaciones entre el régimen de protección de las inversiones y el de los derechos humanos, y debido a las tensiones y conflictos que se pueden generar entre ambos órdenes normativos, el concepto de inclusión puede ser de enorme utilidad para darle coherencia al sistema internacional, evitando así las amenazas de su posible fragmentación.

EL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES Y LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS: FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO NACIONAL E IMPLICACIONES PARA EL PLURALISMO Y EL DIÁLOGO

Christina BINDER*

SUMARIO: I. Introducción. II. Fragmentación del derecho internacional: el distinto tratamiento de los derechos de los pueblos indígenas en los derechos humanos y en el derecho de las inversiones. III. Cómo fomentar el diálogo: medidas existentes para tomar en consideración los derechos de los pueblos indígenas en contextos de inversiones. IV. Soluciones adicionales para fomentar el diálogo y hacer frente a los conflictos entre el derecho de las inversiones y el derecho de los pueblos indígenas. V. Consideraciones finales.

I. INTRODUCCIÓN

La interacción entre el derecho internacional de las inversiones y los derechos de los pueblos indígenas es cada vez más frecuente. Por un lado, se observa un aumento cuantitativo de las inversiones extranjeras protegidas por una amplia y creciente red de Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), que ya en 2013¹ sobrepasaban los 2900, y, por el otro, los territorios de los pueblos indígenas, ricos en recursos naturales, representan un importante atractivo para

* Profesora de Derecho Internacional y Derecho Internacional de Derechos Humanos, Universidad *Bundeswehr* de Munich. Este artículo está inspirado en mis estudios sobre “Investment, Development and Indigenous Peoples”, en Schill, Stephan W. *et al.* (eds.), *International Investment Law and Development: Bridging the Gap*, Cheltenham, E&E Publishing, 2015, pp. 423-451; y “UNDRIP and Interactions with International Investment Law”, en Wellers, Marc y Hohmann, Jessie (eds.), *The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2017. La traducción al español ha sido realizada por el doctor iur. Henry Jiménez Guanipa. La autora quiere agradecer también a Mag. Marija Dobric por el apoyo brindado para la realización de esta investigación.

¹ UNCTAD, *World Investment Report 2014: Investing in the SDGs: An Action Plan*, 2014, disponible en: http://unctad.org/en/publicationslibrary/wir2014_en.pdf.

los inversionistas extranjeros. Esto conlleva un riesgo considerable una vez que son otorgadas las concesiones para la explotación de los recursos naturales, que en muchos casos invaden los derechos de los pueblos indígenas. Las consecuencias negativas que se derivan de estas circunstancias incluyen impactos perjudiciales en la relación de los pueblos indígenas con sus tierras, así como la degradación y contaminación ambiental. Estos riesgos se agravan en razón a la importancia de las tierras para la cultura indígena, configurando un conflicto entre los derechos de los pueblos indígenas y el derecho internacional de inversiones, señal de fragmentación, con lo cual se muestra la evidente necesidad de una mayor coordinación entre ambos sistemas, así como de promover el diálogo entre estos.²

En este contexto, este capítulo analiza cuáles son las medidas ya existentes para hacer frente a esos desafíos, y cómo esas medidas son insuficientes para lograr soluciones más efectivas a tal efecto frente a las interacciones y conflictos entre el derecho de las inversiones y los derechos de los pueblos indígenas.³ En virtud de que, hasta el momento, tales derechos han sido pocas veces invocados en los procedimientos de inversión,⁴ los temas serán discutidos principalmente desde un punto de vista teórico.

² En cuanto a aspectos generales sobre el debate de inversiones y derechos humanos, véase por ejemplo Kriebaum, Ursula, “Human Rights of the Population of the Host State in International Investment Arbitration”, *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 10, núm. 5, 2009, p. 653; Simma, Bruno y Kill, Theodore, “Harmonizing Investment Protection and International Human Rights: First Steps Towards a Methodology”, en Binder, Christina *et al.* (eds.), *International Investment Law for the 21st Century*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 678; Kriebaum, Ursula, “Foreign Investments and Human Rights: The Actors and Their Different Roles”, en Calamita, N. Jansen *et al.* (ed.), *Current Issues in Investment Treaty Law: Volume IV The Future of ICSID and the Place of Investment Treaties in International Law*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2013, p. 45; Dupuy, Pierre-Marie, “Unification Rather than Fragmentation of International Law? The Case of International Investment Law and Human Rights Law”, en Dupuy, Pierre-Marie *et al.* (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 45; Kriebaum, Ursula, “Privatizing Human Rights. The Interface Between Investment Protection and Human Rights”, en Reinisch, August y Kriebaum, Ursula (eds.), *The Law of International Relations – Liber Amicorum Hanspeter Neuhold*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2007, p. 165; De Brabandere, Eric, *Human Rights Considerations in International Investment Arbitration*, Grotius Centre Working Paper 2013/001-IEL, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2230305.

³ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Resolución 61/295, Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (DNU DPI)*, A/RES/61/295, 13 de septiembre de 2007.

⁴ Véase la sección IV de este capítulo para más detalles.

II. FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL: EL DISTINTO TRATAMIENTO DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LOS DERECHOS HUMANOS Y EN EL DERECHO DE LAS INVERSIONES

1. *Marco general*

Los pueblos indígenas tienen algunas características especiales que los hacen particularmente vulnerables a los actos de inversores extranjeros en sus tierras. Al mismo tiempo, una creciente red de instrumentos internacionales protege sus derechos. Algunos tribunales de derechos humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) les confieren una mayor protección. Por el contrario, hay relativamente pocos tribunales de inversión que consideren o tomen en cuenta los derechos de los pueblos indígenas en contextos de inversión. En virtud de esto, hay bastante potencial de conflictos entre la creciente protección de los derechos de los pueblos indígenas bajo el sistema de derechos humanos y la poca consideración de sus derechos en el sistema de inversiones extranjeras. Así, debemos plantearnos qué hacer frente a una fragmentación en el derecho internacional, lo que da lugar a la necesidad de fomentar el diálogo entre los sistemas de derechos humanos —especialmente en lo relativo a los pueblos indígenas— y el derecho de las inversiones.

2. *La protección de los derechos de los pueblos indígenas a través de los derechos humanos*

A. *Características de los pueblos indígenas*

Los pueblos indígenas gozan de algunas características que los hacen particularmente vulnerables a las perturbaciones en sus tierras por parte de los inversores extranjeros. Un aspecto que define a los pueblos indígenas tiene que ver con la conservación —al menos parcial— de sus formas tradicionales de vida; entre ellas, por ejemplo, sus instituciones para la toma de decisiones, o la relación especial con sus tierras,⁵ con las cuales los pueblos indígenas

⁵ Véase el artículo 1 del Convenio núm. 169 de la OIT que establece la conservación de “todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas” como característica definitoria de los pueblos indígenas; Convenio núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, 27 de junio de 1989.

establecen una relación emocional y espiritual de vital importancia para su cultura.⁶ En vista de esta importancia, los pueblos indígenas son particularmente vulnerables a las intromisiones en sus tierras (las actividades de tala, la explotación de minerales, etcétera) por los inversores. El problema se agrava por el hecho de que los territorios indígenas se encuentran a menudo en zonas ricas en recursos de especial interés para la explotación. Por otra parte, sus diferencias con la mayoría de la población son significativas, en especial debido a sus formas tradicionales de vida, lo que provoca que los pueblos indígenas sean particularmente vulnerables a la influencia y a la presión de actores externos.⁷ Los derechos indígenas que se encuentran en mayor riesgo en un contexto relacionado con la inversión son por lo tanto los derechos sobre sus tierras y recursos, así como su derecho a la identidad cultural y al patrimonio cultural.⁸ Como vamos a demostrar en la próxima parte, estos derechos han recibido un creciente reconocimiento y protección por parte de instrumentos internacionales recientes.⁹

B. Instrumentos globales para la protección y de los pueblos indígenas

Durante largo tiempo, los pueblos indígenas fueron descuidados en el ámbito internacional. No obstante, en las últimas décadas ha tenido lugar un creciente reconocimiento de sus derechos, como lo demuestra la adopción de instrumentos especializados,¹⁰ tales como el Convenio núm. 169 de la OIT

⁶ Williams, Robert A., “Encounters on the Frontiers of International Human Rights Law: Redefining the Terms of Indigenous Peoples’ Survival in the World”, *Duke Law Journal*, vol. 39, núm. 4, 1990, p. 681.

⁷ Véase Alfredsson, Gudmundur, “Indigenous Peoples and Autonomy”, en Suksi, Markku (ed.), *Autonomy: Applications and Implications*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 1998, p. 125.

⁸ Véase International Law Association, *Rights of Indigenous Peoples*, Report of the 75th ILA Conference, Sofía, 26-30 de agosto de 2012, p. 3, disponible en: <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1024>.

⁹ Véase en este sentido también Lenzerini, Federico, “Foreign Investment in the Energy Sector and Indigenous Peoples’ Rights”, en De Brabandere, Eric y Gazzini, Tarcisio (eds.), *Foreign Investment in the Energy Sector: Balancing Private and Public Interests*, Leiden, Martinus Nijhoff Editores, 2014, pp. 192 y 194.

¹⁰ El aumento de la protección de los pueblos indígenas en el derecho internacional va de la mano con un creciente reconocimiento de los derechos indígenas a nivel nacional, especialmente en los países de América Latina; véase por ejemplo las constituciones de Brasil, Bolivia, Colombia, Ecuador, Nicaragua, Paraguay, y Venezuela; para mayor referencia véase International Law Association, *Rights of Indigenous Peoples*, Report of the 74th ILA Conference, La Haya, 15-20 de agosto de 2010, p. 23, disponible en: <http://www.ila-hq.org/index.php/committees>.

de 1989,¹¹ junto a su predecesor de 1957, el Convenio núm. 107,¹² que se dedican especialmente a los derechos de los pueblos indígenas. El Convenio núm. 169 de la OIT les concede derechos fundamentales, entre otros el reconocimiento como pueblos culturalmente distintos.¹³ Lo más relevante del Convenio núm. 169 tiene que ver con el valor que se otorga a la relación específica de los pueblos indígenas con sus tierras,¹⁴ reconociéndose en consecuencia el derecho de los pueblos indígenas a las tierras y territorios que tradicionalmente ocupan.¹⁵ El Convenio de la OIT núm. 169 también establece sus derechos sobre los recursos ubicados en la superficie de sus tierras.¹⁶ En cuanto a los recursos del subsuelo, se proporciona un derecho de consulta en el artículo 15.2.

La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 (DNUDPI) contiene numerosas disposiciones en favor de los pueblos indígenas que pueden volverse importantes si las actividades de los inversores extranjeros continúan teniendo incidencia en sus territorios. En primer lugar, la Declaración reconoce la identidad cultural de los pueblos indígenas,¹⁷ que incluye el derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural.¹⁸ Del mismo modo los derechos sobre su territorio tienen un reconocimiento de gran profundidad y alcance. Muy particularmente, la DNUDPI destaca la relación específica de los pueblos indígenas con sus territorios,¹⁹ y su derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado, utilizado o adquirido.²⁰

En consecuencia, los derechos de estos pueblos sobre sus tierras y territorios deben asegurarse en la medida necesaria para preservar la relación espiritual de las personas (o comunidades) con sus tierras ancestrales.²¹

¹¹ En enero de 2017, el Convenio núm. 169 de la OIT había sido ratificado por veintidós Estados; véase el estado de las ratificaciones en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312314:NO.

¹² Convenio núm. 107 de la OIT sobre poblaciones indígenas y tribales, 26 de junio de 1957.

¹³ Véase por ejemplo los artículos 1 y 5 del Convenio núm. 169 de la OIT.

¹⁴ *Ibidem*, artículo 13.

¹⁵ *Ibidem*, artículo 14

¹⁶ *Ibidem*, artículo 15.

¹⁷ Véase artículos 5, 8, 9, 11 y 12 de la DNUDPI.

¹⁸ *Ibidem*, artículo 31.1.

¹⁹ *Ibidem*, artículo 25.

²⁰ *Ibidem*, artículo 26. Véase para mayor información International Law Association, *Rights of Indigenous Peoples*, Report of the 74th ILA Conference..., *cit.*, pp. 22 y 23.

²¹ International Law Association, *Rights of Indigenous Peoples*, Report of the 75th ILA Conference..., *cit.*, p. 30, núm. 8.

Es importante destacar, además, que la DNUDPI obliga a los Estados a cooperar y consultar de buena fe a los pueblos indígenas con la finalidad de obtener su consentimiento libre, previo e informado antes de adoptar medidas o proyectos que les afecten directamente,²² o a sus tierras o territorios, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.²³ Aunque la DNUDPI no aclara de manera explícita si esto significa un derecho general a vetar proyectos²⁴ que afecten a las tierras de los pueblos indígenas,²⁵ incluido en lo relacionado a la reubicación de los pueblos indígenas²⁶ y al almacenamiento o la eliminación de materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas,²⁷ el artículo 3 de la DNUDPI les reconoce, sin embargo, el derecho a la libre determinación.²⁸ Ciertamente, una Declaración de la Asamblea General como la DNUDPI no es jurídicamente vinculante. No obstante y a pesar de esa consideración, las disposiciones de la DNUDPI sobre el derecho a sus tierras y su necesaria participación en las decisiones que les afectan son fundamentales y generalmente consideradas como normas del derecho internacional consuetudinario.²⁹

Desde la perspectiva del derecho de las inversiones, los instrumentos de derechos humanos contienen disposiciones de importante consideración para las interacciones con los derechos de los pueblos indígenas. Al hacerlo, aumentan las posibilidades de conflicto con los derechos de los inversionistas extranjeros. En este aspecto son particularmente relevantes tanto la codificación de los derechos de los pueblos indígenas al territorio como la necesaria

²² Véase artículo 19 de la DNUDPI.

²³ *Ibidem*, artículo 32.

²⁴ Véase al respecto Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-129 de 2011, p. 75, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-129-11.htm>.

²⁵ *Cfr.* texto de los artículos 19 y 32.2 de la DNUDPI; véase también International Law Association, *Rights of Indigenous Peoples*, Report of the 75th ILA Conference..., *cit.*, p. 4.

²⁶ Artículo 10 de la DNUDPI: “Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado”.

²⁷ Artículo 29.2 de la DNUDPI: “Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado”.

²⁸ *Cfr.* International Law Association, *Rights of Indigenous Peoples*, Report of the 75th ILA Conference..., *cit.*, p. 30: “...los Estados deberán cumplir la obligación —consistente con la costumbre y cuando sea aplicable, con el derecho internacional convencional—, para reconocer, respetar, proteger, cumplir y promover el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación...” (traducción no oficial).

²⁹ *Ibidem*, pp. 23 y ss., y 30.

intervención de estos en las decisiones que les afectan, como se hizo referencia. Esto también se refleja en la jurisprudencia de las instituciones internacionales de protección de los derechos humanos, como se muestra a continuación.

C. Derechos de los pueblos indígenas e inversiones extranjeras en la jurisprudencia de las instituciones para la protección de los derechos humanos

Los instrumentos internacionales de derechos humanos en general proporcionan protección, mientras que las instituciones de derechos humanos interpretan sus disposiciones con el fin de garantizar los derechos de los pueblos indígenas. Por ejemplo, a nivel universal, el Comité de Derechos Humanos (CDH) interpretó el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que se refiere al derecho a la integridad cultural, de una manera que conduce a la protección de las tierras de los pueblos indígenas contra la interferencia externa.³⁰ Asimismo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial han confirmado un alto nivel de protección en este sentido. Ambos Comités mantienen, por ejemplo, los requisitos de elevar la consulta a los pueblos indígenas en los casos de explotación de recursos naturales en sus territorios. Por lo tanto, los Estados están obligados a llevar a cabo esas consultas con el objetivo de obtener su consentimiento previo.³¹ Asimismo, las instituciones regionales de vigilancia de derechos humanos han protegido las tierras ancestrales de los pueblos indígenas.³²

³⁰ Véase por ejemplo Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Länsman et al v. Finland*, CCPR/C/52/D/511/1992, 8 de noviembre de 1994; Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Apiraina Mahuika et al v. New Zealand*, CCPR/C/70/D/547/1993, 15 de noviembre de 2000, (el PIDCP no incluye un derecho de propiedad).

³¹ Véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General núm. 21. Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15.1.a del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, 21 de diciembre de 2009, E/C.12/GC/21, párrs. 37, 55; Comité para la eliminación de la discriminación racial, *Examen de los Informes presentados por los Estados parte en virtud del artículo 9 de la Convención. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial*, CERD/C/62/CO/2, 2 de junio de 2003, párr. 16; véase Lenzerini, Federico, *op. cit.*, para obtener más referencias y discusión.

³² Con respecto a la jurisprudencia del TEDH y de la Comisión Europea de Derechos Humanos, véase Koivurova, Timo, "Jurisprudence of the European Court of Human Rights Regarding Indigenous Peoples: Retrospect and Prospects", *International Journal on Minority and Group Rights*, vol. 18, núm. 1, 2011, pp. 1-37; véase también la decisión de la Comisión

Especialmente la Corte IDH confirma la mayor protección de los derechos de los pueblos indígenas en la amplitud de sus decisiones, razón por la cual el debate planteado sobre este tema se fundamenta en gran medida en la jurisprudencia de ese tribunal. En la histórica decisión del caso *Awas Tingni v. Nicaragua* en 2001, la Corte responsabiliza a Nicaragua por la violación del derecho a la propiedad (artículo 21 Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)) en perjuicio de la comunidad Awas Tingni al otorgar a una empresa de Corea del Sur la concesión para la explotación de recursos forestales en su territorio tradicional,³³ sin el consentimiento de dicha comunidad y haciendo caso omiso a sus constantes demandas para que demarcaran su territorio. Esta jurisprudencia ha sido posteriormente confirmada en los casos *Yákye Axa v. Paraguay* (2005) y *Sawhoyamaya v. Paraguay* (2006), donde la Corte IDH ordenó a Paraguay restituir a los grupos indígenas sus tierras ancestrales en manos de inversores privados.³⁴ En el caso del *Pueblo Saramaka v. Surinam* (2007), la Corte IDH encontró a Surinam responsable de la violación del artículo 21 de la CADH por el otorgamiento de concesiones mineras a empresas extranjeras en los territorios tradicionalmente ocupados por el pueblo Saramaka sin el establecimiento de las garantías necesarias para evitar que las concesionarias causaran daños, tanto a las personas como a sus territorios.³⁵ En el caso del *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador* (2012), en el que el pueblo indígena de Sarayaku no fue consultado antes de la realización de actividades asociadas a un proyecto de extracción de recursos naturales en su territorio por parte de inversores extranjeros, la Corte IDH declaró la responsabilidad del Estado “por la violación de los derechos a la consulta, a la propiedad comunal indígena y

Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Ogomi v. Nigeria*, Comunicación N° 155/96, 27 de mayo de 2002.

³³ Centro de Recursos Jurídicos para los Pueblos Indígenas y Grupo Jurídico Internacional de Derechos Humanos, *El Caso Awas Tingni: Quince Meses Después. Los Retos del Proceso de Implementación de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2002, p. 3, disponible en: <http://docplayer.es/4630341-El-caso-awas-tingni-quince-meses-despues.html>.

³⁴ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yákye Axa v. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C Núm. 125, párrs. 148, 217 y 218; Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C Núm. 146, párrs. 135-141 y 210-214.

³⁵ Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C Núm. 172, párrs. 174, 175 y 214. Véase también Corte IDH, *Kaliña y Lokono v. Surinam*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2015, Serie C Núm. 309, que remite en muchas ocasiones a *Saramaka* (por ejemplo, párr. 201) y otros casos anteriores (párrs. 131 y ss., y 155).

a la identidad cultural”.³⁶ La Corte IDH reitera sus conclusiones en el caso *Pueblos Kaliña y Lokono v. Surinam* (2015), donde encontró violaciones del derecho a la propiedad colectiva, a la identidad cultural y a la participación.³⁷

Del mismo modo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se ha pronunciado, por ejemplo, en el caso *Mary y Carrie Dann v. Estados Unidos*, en el que constató que ese país no había actuado de conformidad con sus obligaciones derivadas de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (DADH), al conceder una prospección minera de oro en tierras del pueblo indígena Western Shoshone, que provocó la contaminación del agua y afectó al uso de las tierras por parte de las hermanas Dann,³⁸ miembros de la comunidad. Por ello la CIDH recomendó al Estado que otorgase a Mary y Carrie Dann las medidas necesarias para garantizar el derecho de estas a la propiedad, de acuerdo con los artículos II, XVIII y XXIII de la DADH.

D. *Evaluación: posible fragmentación dada la mayor protección de los derechos de pueblos indígenas frente a inversores extranjeros*

Así, la creciente jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos confirma la continua evolución de los derechos de los pueblos indígenas mediante el establecimiento de estándares normativos. Este desarrollo aumenta la probabilidad de mayores conflictos entre los derechos de los pueblos indígenas y los inversores, lo cual se evidencia en las decisiones de las instituciones competentes en materia de derechos humanos, que cada vez reciben más casos de violaciones de los derechos de los pueblos indígenas por parte de inversores.

Las constelaciones que rigen este tipo de conflictos son normalmente similares e implican una relación triangular entre los Estados, los pueblos indígenas y los inversores extranjeros. En general, el origen de la controversia

³⁶ Cfr. Corte IDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 27 junio 2012, Serie C Núm. 245, punto resolutivo 2; véase también *ibidem*, párrs. 177 y 220. El caso se refiere a una disputa que también fue tratada por un tribunal de inversiones: *Burlington v. Ecuador*; véase *Burlington Resources Inc v. Republic of Ecuador*, Caso CIADI Núm. ARB/08/5, Decisión sobre Competencias de 2 de junio de 2010; y *Burlington Resources Inc v. The Republic of Ecuador*, Caso CIADI Núm. ARB/08/5, Decisión sobre Responsabilidad de 14 de diciembre de 2012. Véase la sección IV de este trabajo para más detalles.

³⁷ Véase también Corte IDH, *Caso Pueblos Kaliña y Lokono v. Surinam*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2015, Serie C Núm. 309.

³⁸ CIDH, *Mary and Carrie Dann v. United States*, Caso 11.140, Informe Núm. 75/02, 27 de diciembre de 2002, párr. 172.

se produce mediante una concesión otorgada por un Estado para el desarrollo de una actividad o un proyecto de explotación de recursos naturales o mineros, en contradicción con derechos preexistentes de los pueblos indígenas.³⁹ Cuando el Estado posteriormente quiere corregir tal situación mediante la imposición de una reglamentación específica para salvaguardar los derechos de los pueblos indígenas sin compensar al inversionista puede surgir un escenario de disputas de inversión y el inversionista extranjero puede recurrir al arbitraje de inversiones en vista de la interferencia del Estado de acogida con su inversión. Las posibles reclamaciones en juego a este respecto son la expropiación indirecta —cuando las medidas gubernamentales para proteger las tierras indígenas reducen el valor económico de un proyecto de inversión en una medida en que se hace equivalente a una expropiación— y los incumplimientos del estándar de trato justo y equitativo (TJE), de no discriminación, protección o seguridad plena.⁴⁰

Por ello, no estamos realmente ante una cuestión de obligaciones incompatibles.⁴¹ La expropiación a los inversionistas extranjeros para dar cumplimiento a las reivindicaciones territoriales de los pueblos indígenas no es en sí misma ilegal. De lo que se trata es de que se debe pagar una indemnización. Sin embargo, las altas cantidades que deben ser compensadas podrían suponer un problema para los Estados de acogida. En consecuencia, surge el interrogante relacionado con conflictos y otros tipos de interacciones entre el derecho de las inversiones y los derechos de los pueblos indígenas, respecto a la posibilidad —y a la medida en que— los Estados pueden utilizar los derechos de los pueblos indígenas como un “escudo” contra las reclamaciones presentadas por los inversores extranjeros.

En este contexto, parece de particular interés conocer qué casos han sido presentados ante los tribunales de inversión; es decir, si efectivamente los derechos de los pueblos indígenas han jugado un papel importante en la jurisprudencia de los tribunales de inversión.

³⁹ Véase Kriebaum, Ursula, “Human Rights of the Population...”, *cit.*, p. 657. El riesgo de conflictos es alto, ya que los territorios indígenas se encuentran en parte sin definir por falta de demarcación de sus tierras ancestrales.

⁴⁰ Véase para los casos de inversión la sección IV.

⁴¹ Como ha señalado acertadamente Kriebaum en Kriebaum, Ursula, “Human Rights of the Population...”, *cit.*, p. 656: “Las obligaciones que corresponden al Estado en virtud de tratados de derechos humanos no deberían dar lugar a un conflicto en un sentido estricto con las normas de protección de inversiones. Los tratados de derechos humanos no imponen una obligación a los Estados de expropiar sin indemnización, ni de tratar a los inversionistas de manera injusta o discriminatoria” (traducción no oficial).

3. *Derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de los tribunales de inversión*

Hasta el momento, son pocos los casos o disputas relacionados con los derechos de los pueblos indígenas y proyectos de inversiones en sus tierras que han llegado a la etapa de fondo ante los tribunales internacionales de inversión.⁴² Muy pocos han sido declarados admisibles siquiera. Esto puede explicarse por el hecho de que algunos conflictos se resuelven o en el nivel nacional o a través de acuerdos extrajudiciales. En otros casos, las reclamaciones no llegan a convertirse en litigios ante tribunales de inversión, debido a la complicidad de las autoridades nacionales que encubren las violaciones de los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras, interfiriendo o absteniéndose de actuar para no perjudicar los derechos de los inversionistas extranjeros. La jurisprudencia de los tribunales de inversión, como veremos seguidamente, ilustra el potencial de conflictos entre los derechos de los pueblos indígenas y los derechos de los inversores extranjeros.

Los casos de inversión que alcanzaron la fase de sentencia trataron temas de gran importancia para los pueblos indígenas. Aun así, sus derechos, en general, desempeñaron un papel muy limitado en el ámbito de los tribunales. El primero y quizás el más conocido es el de *Glamis Gold v. Estados Unidos* (2009).⁴³

Glamis Gold es una empresa que adquirió derechos de concesión minera sobre tierras públicas federales en el Valle Imperial de California, planteó la extracción masiva de oro a cielo abierto, mediante lixiviación con cianuro, un procedimiento minero que ha sido prohibido por un número creciente de países y por el estado de Montana. En abril del 2003, en parte como respuesta al Proyecto Imperial, el estado de California tomó medidas para limitar el impacto de la minería a cielo abierto. La Asamblea Legislativa del estado de California aprobó la ley SB 22, la cual exige específicamente el relleno de minas a cielo abierto que se encuentren en o cerca de sitios sagrados o en áreas de especial interés. Como respuesta a las medidas adoptadas por el estado de California, Glamis invocó las reglas de inversión del Capítulo

⁴² Véase Lenzerini, Federico, *op. cit.*; existen otros casos donde los gobiernos apelan a los argumentos de los derechos de los pueblos indígenas. Esos incluyen *South American Silver Limited v. Bolivia*, UNCITRAL, Caso CPA Núm. 2013-15, disponible en: <https://www.pccases.com/web/view/54>; y *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, Caso CIADI Núm. ARB/14/21, Respondent's Counter-Memorial on the Merits and Memorial on Jurisdiction of 6 octubre de 2015, disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4466.pdf>.

⁴³ *Glamis Gold, Ltd. v. United States of America*, UNCITRAL, Laudo de 8 de junio de 2009, disponible en: <http://www.state.gov/s/l/c10986.htm>.

11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN),⁴⁴ con el argumento, por una parte, de que se destruiría el valor económico de su inversión, asemejándose a una expropiación. Por la otra parte, señaló que el estándar del trato justo y equitativo (TJE) fue violado, siendo en consecuencia objeto de discriminación, pues su proyecto fue sometido a regulaciones más onerosas que las de otros operadores. El Gobierno de los Estados Unidos se basó en las leyes federales y estatales que conceden protección a los sitios sagrados tribales y a otros recursos tribales. La tribu indígena Quechan participó en calidad de *amicus curiae*.⁴⁵ En el fallo, el Tribunal no encontró que los Estados Unidos hubieran violado sus obligaciones. Las medidas de relleno requeridas no eran del impacto económico suficiente como para ser asimiladas a una expropiación.⁴⁶ Del mismo modo, la disposición de TJE no fue violada, ya que las medidas eran de aplicación general.⁴⁷ La decisión fue, por lo tanto, favorable a los derechos de la nación indígena. Sin embargo, es importante destacar que la argumentación sobre los derechos de los pueblos indígenas no jugó un papel central en el razonamiento del tribunal; como mucho un papel menor o secundario.

En el caso *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company c. Ecuador*, Chevron recurrió al arbitraje de inversiones ante la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya contra la sentencia de los tribunales ecuatorianos, que ordenaron que debía pagar 8.600 millones de USD a las comunidades indígenas como consecuencia de los daños por el vertido de desechos tóxicos en el Amazonas.⁴⁸ Chevron argumentó, entre otras cosas, el in-

⁴⁴ Amigos de la Tierra-EE.UU. y Oxfam América, *Glamis Gold: Estudio de Caso de Inversión en la Destrucción*, pp. 2 y 3, disponible en: http://www.oxfamamerica.org/static/oa3/files/OA-Glamis_Gold_Espanol.pdf.

⁴⁵ Quechan Indian Nation, *Glamis Gold. Ltd. v. United States*, Non-Party Supplemental Submission, 2006, disponible en: <http://www.state.gov/documents/organization/75016.pdf>; véase la sección V.4. para más detalles.

⁴⁶ Quechan Indian Nation, *op. cit.*, párr. 536.

⁴⁷ *Ibidem*, párrs. 598-830. Esto, como sostuvieron Kriebaum y Schreuer, en aplicación de un particularmente elevado umbral de la norma; véase Schreuer, Christoph y Kriebaum, Ursula, “From Individual to Community Interest in International Investment Law”, en Fastenrath, Ulrich *et al.* (eds.), *From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 1079 y 1086.

⁴⁸ *Maria Aguinda and others v. Chevron Texaco Corporation*, Procceding Núm. 002-2003, Suprema Corte de Justicia, Nueva Loja, Ecuador. La disputa fue llamada “Lago Agrio Litigation”, porque el tribunal de primera instancia se encontraba en la ciudad de Lago Agrio. En enero de 2012, la decisión fue confirmada por el tribunal de apelaciones. Véase CNN, “Ecuador court upholds \$8.6 billion ruling against Chevron”, *CNN*, 4 de enero de 2012, disponible en: <http://edition.cnn.com/2012/01/04/world/americas/ecuador-chevron-lawsuit/index.html>; con un acuerdo de cumplimiento de la sentencia en Argentina, Brasil, Canadá y EE.UU.;

cumplimiento de las obligaciones de Ecuador bajo el TBI entre ese país y los Estados Unidos, incluyendo la violación de los estándares sobre TJE, protección y seguridad plena, así como del tratamiento no arbitrario y no discriminatorio.⁴⁹ Por ello, la empresa Chevron pidió al Tribunal en cuestión que declarase que ningún juicio en el ámbito nacional era firme y que por lo tanto estos no eran ejecutables. En 2012, el Tribunal emitió un fallo provisional que ordenó a la República del Ecuador —y a todos sus poderes, incluyendo el Poder Judicial— impedir la ejecución y el reconocimiento de la sentencia por 8.600 millones de USD emitida en Lago Agrio, tanto dentro como fuera del Ecuador.⁵⁰ El fallo amplía una resolución anterior que exigía al Ecuador tomar todas las medidas a su alcance para suspender o hacer que se suspenda la ejecución o reconocimiento de cualquier sentencia, tanto dentro como fuera del Ecuador. Mientras se han producido estos fallos con el fin de detener la ejecución de la sentencia,⁵¹ en agosto de 2018 el Tribunal resolvió definitivamente que no se debía proceder a la ejecución de la sentencia de Lago Agrio.⁵²

*Gallo v. Canadá*⁵³ es un caso relacionado con la inversión para el desarrollo de una mina a cielo abierto y la construcción anexa de un vertedero de basura en el estado canadiense de Ontario. El gobierno de Ontario había promulgado leyes que impedían al inversionista adquirir las tierras en las cuales

véase Reddall, Braden, “Tribunal Presses Ecuador to Halt Chevron Case Enforcement”, *Reuters*, 8 de febrero de 2013, disponible en: <http://www.reuters.com/article/2013/02/09/chevron-ecuador-idUSL1N0B8FBB20130209>.

⁴⁹ Chevron Corporation y Texaco Petroleum Corporation v. the Republic of Ecuador, Claimants’ Memorial on the Merits, párr. 456 y ss.

⁵⁰ *Ibidem*, párr. 547.

⁵¹ *Cfr.* las cuatro decisiones y las medidas adoptadas en la sentencia, publicadas el 7 de febrero de 2013 (Chevron Corporation y Texaco Petroleum Corporation v. the Republic of Ecuador), disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1274.pdf>. El Tribunal de Distrito de La Haya, en los Países Bajos, recientemente determinó que un tribunal arbitral establecido bajo la autoridad del Tratado Bilateral de Inversiones EE.UU - Ecuador era competente en el caso y afirmó la legitimidad de varios laudos provisionales en favor de la compañía petrolera Chevron; Tribunal de Distrito de La Haya, C/09/477457 / HA ZA 14-1291, Sentencia del 20 de enero de 2016. No hace referencia a los derechos de pueblos indígenas.

⁵² Véase la página web de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), disponible en: <http://www.pccases.com/web/view/49>. Chevron Corporation y Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador, Second Partial Award on Track II, 30 de agosto de 2018, párr. 10.13.

⁵³ *Cfr. Vito G. Gallo v. Government of Canada*, Arbitration under Chapter 11 NAFTA and UNCITRAL Arbitration Rules (Arbitraje de conformidad con el Capítulo 11 del TLCAN y el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI), Laudo, 15 de septiembre de 2011, disponible en: http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0351_0.pdf.

podía construir el vertedero de basura.⁵⁴ Sobre esta base, el inversionista (Gallo) presentó una demanda bajo el TLCAN por la expropiación ilegal y la violación del estándar del TJE. En su defensa, Canadá invocó los derechos de los pueblos aborígenes locales, especialmente los derechos a la tierra, que habrían sido violados de haberse permitido la compra del terreno por parte del inversionista.⁵⁵ El tribunal del TLCAN desestimó la demanda del inversor por falta de jurisdicción y por consiguiente no entró a discutir el fondo de la demanda.⁵⁶

En todos estos casos, las actividades de los inversores extranjeros han interferido o tenían el potencial de interferir en los derechos de los pueblos indígenas. Por lo tanto, los inversores fueron posibles autores de violaciones de los derechos de los pueblos indígenas.⁵⁷ Las inversiones y las actividades económicas entraban en conflicto con los derechos no económicos y culturales de los pueblos indígenas, destacándose particularmente entre los derechos que más entran en conflicto los derechos a la identidad cultural, al territorio y a la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que les afectan.⁵⁸

En el caso *Grand River Enterprises Seis Naciones, Ltd. v. Estados Unidos*, por el contrario, los inversionistas extranjeros eran indígenas y con el argumento de su estatus de Primera Nación exigieron un trato preferencial en un arbi-

⁵⁴ Cfr. *Vito G. Gallo v. Government of Canada*, Investor's Memorial, 1 de marzo de 2010, párr. 8, disponible en: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/gallo.aspx?lang=eng>.

⁵⁵ Cfr. *Vito G. Gallo v. Government of Canada*, Government of Canada Counter Memorial, 29 de junio de 2010, párr. 137, disponible en: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/gallo.aspx?lang=eng>.

⁵⁶ *Vito G. Gallo v. Government of Canada*, Arbitration under Chapter 11 NAFTA and UNCITRAL Arbitration Rules (Arbitraje de conformidad con el Capítulo 11 del TLCAN y el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI), Laudo..., *cit.*, párr. 341.

⁵⁷ Véase asimismo la orden de procedimiento en los casos del CIADI *Bernhard von Pezold and others v. Republic of Zimbabwe*, Caso CIADI Núm. ARB/10/15, Laudo de 28 de julio de 2015; *Border Timbers Limited, Border Timbers International (Private) Limited, and Hangani Development Co. (Private) Limited v. Republic of Zimbabwe*, Caso CIADI Núm. ARB/10/25, Orden Procesal núm. 2 de 26 de junio de 2012. Para mayor referencia y un punto de vista crítico sobre la negativa del tribunal de inversiones a admitir la petición *amicus curiae*, véase Schliemann, Christian, "Requirements for Amicus Curiae Participation in International Investment Arbitration. A Deconstruction of the Procedural Wall Erected in Joint ICSID Cases ARB/10/25 and ARB/10/15", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 12, núm. 3, 2013, p. 365.

⁵⁸ Véase los artículos 5, 8, 9, 11, 12, 19, 25, 26, 31 y 32 de la DNUDPI.

traje del TLCAN.⁵⁹ Dicho de otra manera, alegaron privilegios económicos especiales asociados a su indigenismo. *Grand River* es, pues, uno de los asuntos excepcionales en que los inversores se han referido a su condición de pueblos indígenas para sustentar sus demandas y para delinear el alcance de los derechos de los mismos inversionistas.⁶⁰ En esta controversia los demandantes controlaban una empresa canadiense dedicada al negocio de exportación de tabaco a los Estados Unidos. Sostuvieron que la inversión había sido perjudicada por una reglamentación estadounidense que requería contribuciones de empresas tabacaleras a los gastos de salud para los pacientes afectados por el tabaquismo. Sus argumentos, entre otras cosas, se referían a la cuestión de que las medidas equivalieron a una expropiación y violaron a la vez el estándar mínimo del derecho consuetudinario internacional sobre TJE. Afirmaron que las medidas estadounidenses eran incompatibles con su “expectativa legítima... a no ser sometidos a la acción reguladora”,⁶¹ debido a su estatus como una de las primeras naciones de América del Norte.⁶² El tribunal no se pronunció sobre la solicitud de inmunidad de la regulación estatal, sino que sostuvo que no podía haber una expectativa razonable de no estar sujeto a la regulación estatal al participar en el negocio de distribución de tabaco a gran escala.⁶³ Asimismo, consideró que la medida no constituía una expropiación, puesto que el negocio de los demandantes siguió siendo rentable.⁶⁴ Al final, el tribunal arbitral desestimó la demanda. No obstante, la sentencia sigue siendo interesante por su amplia referencia a los derechos de los pueblos indígenas.⁶⁵

⁵⁹ *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. and others v. United States*, UNCITRAL, Laudo de 12 de enero de 2011, disponible en: <http://www.state.gov/s/l/c11935.htm>; para más detalles, véase Binder, Christina, “Investment Law and Indigenous Peoples: The Grand River Case”, *Rivista dell'Arbitrato*, vol. 2, 2013, p. 487.

⁶⁰ También de manera más general, los inversores raramente argumentan una violación de sus derechos humanos como inversores; *cf.*: Schreuer, Christoph y Kriebaum, Ursula, *op. cit.*, p. 1089 para más información.

⁶¹ *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. and others v. United States*, UNCITRAL, Laudo..., *cit.*, párr. 128 (traducción no oficial).

⁶² De hecho, los demandantes utilizaron ampliamente la DNUDPI como fundamento de sus argumentos. Véase *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. and others v. United States*, Claimant's Memorial, 10 de julio de 2008, párrs. 150, 151, 158 n. 198, 171, 174 y 189.

⁶³ *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. and others v. United States*, UNCITRAL, Laudo..., *cit.*, párr. 141 y ss (traducción no oficial).

⁶⁴ *Ibidem*, párrs. 152 y 153.

⁶⁵ Véase el énfasis que el tribunal en el caso *Grand River* ha puesto en su decisión en el derecho de consulta a los pueblos indígenas, en los siguientes términos: “Puede ser... que exista un principio de derecho internacional consuetudinario que exige a las autoridades gubernamentales consultar a los pueblos indígenas en las políticas gubernamentales o acciones que

4. *Valoración crítica: la fragmentación del derecho internacional*

Los casos de inversión discutidos anteriormente están relacionados con asuntos de enorme importancia para los pueblos indígenas, a pesar de que la invocación de sus derechos no jugó un papel determinante para su resultado. No obstante, los casos ponen de manifiesto la necesidad de hacer frente a las preocupaciones de los pueblos indígenas en los procesos vinculados a las inversiones. Por lo tanto, el creciente reconocimiento de los derechos de estos en el ámbito de los derechos humanos aumenta el potencial de interacciones y conflictos entre los derechos de los pueblos indígenas y el derecho de inversiones, lo cual es muy probable que continúe en el tiempo. Asimismo, hay claros signos de fragmentación entre los regímenes de derechos humanos/derechos de los pueblos indígenas y el derecho de inversiones extranjeras.

Grosso modo, es posible distinguir dos tipos de situaciones. Por un lado la utilización de los derechos de los pueblos indígenas como “escudo” (véase, por ejemplo, los casos *Glamis Gold*, *Burlington*, *Chevron*) y por el otro, como “espada” (*Grand River*). En el primer caso, los Estados de acogida, al tomar medidas para proteger a los pueblos indígenas, interfieren con los derechos de los inversionistas, con lo cual la invocación a los derechos de los indígenas puede servir de defensa contra las presuntas violaciones de los acuerdos de inversión. La invocación de los derechos de los indígenas como una “espada”, por el contrario, se refiere a las reclamaciones que realizan los inversionistas indígenas, que apegados a su condición étnica exigen un trato preferencial, como quedó evidenciado en el caso de *Grand River*. De manera general, la primera situación (“escudo”) es mucho más habitual que la segunda (“espada”).

les afecten significativamente. Uno de los miembros del Tribunal ha establecido que existe una norma consuetudinaria. Por otra parte, un estudio reciente realizado por un comité de expertos en derecho internacional, reunidos bajo el auspicio de la Asociación de Derecho Internacional, luego de un exhaustivo estudio de prácticas internacionales y de instituciones del Estado, determinó que existe una amplia gama de normas consuetudinarias de derecho internacional relacionadas con los pueblos indígenas, incluyendo «el derecho a ser consultados con respecto a cualquier proyecto que pueda afectarlos.»; *ibidem*, párr. 210, (traducción no oficial). Más aún, el tribunal en el caso *Grand River* criticó, entre otras cosas, la sensibilidad que falta en los EE.UU. para establecer una relación con los demandantes (intereses de las naciones indígenas) (párr. 186). El Tribunal también se refirió de manera más general a la creciente protección de los derechos de los pueblos indígenas (párr. 186). Asimismo sostuvo que las consultas deberían haber ocurrido con las Primeras Naciones cuyos miembros podrían y estaban siendo afectados por la MSA (Master Settlement Agreement) y las medidas conexas (párr. 212).

Tanto cuando se ha utilizado el derecho indígena como un “escudo” como cuando se ha utilizado como una “espada”, se ha mostrado el potencial de conflictos entre el derecho de los indígenas y el derecho de los inversionistas. Hay signos de una fragmentación entre los subsistemas de derecho internacional, los derechos humanos y el derecho de las inversiones. Por ello, es esencial examinar los medios necesarios para alcanzar una mejor coordinación entre los sistemas y en ese sentido responder a varias preguntas. ¿Cómo deberían ser abordadas las interacciones entre los derechos de los pueblos indígenas y el derecho de las inversiones? ¿Cuáles serían las técnicas de coordinación? ¿Cómo impulsar el diálogo y reducir el riesgo de fragmentación entre los derechos de pueblos indígenas y los derechos de inversores extranjeros?

III. CÓMO FOMENTAR EL DIÁLOGO: MEDIDAS EXISTENTES PARA TOMAR EN CONSIDERACIÓN LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN CONTEXTOS DE INVERSIONES

1. *Marco general*

Como se verá, existe una variedad de posibilidades para tomar en cuenta los derechos de los pueblos indígenas en las controversias sobre inversiones, que incluyen la jurisdicción y el derecho aplicable, la interpretación de los tratados y la participación de *amicus curiae*. Asimismo, hay que destacar el papel que juega en la promoción de la causa indígena la mejora de los requisitos de transparencia y la formación de los árbitros en los procesos de inversión.

Con respecto a la jurisdicción y al derecho aplicable, así como la interpretación de los tratados, el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en el derecho internacional puede tener un gran impacto en el desarrollo de las normas sustantivas, especialmente en la medida en que se incorporen al derecho internacional consuetudinario. Procesalmente, los derechos humanos exigen un máximo respeto por los derechos de los pueblos indígenas.⁶⁶ En concreto, vale la pena mencionar el derecho de los pueblos indígenas a ser oídos en los procesos de inversión, por ejemplo, en calidad de *amicus curiae* y, más en abstracto, a expresar su opinión a favor de un aumento de los requisitos de transparencia. Este tipo de medidas, que están destinadas a fomentar el diálogo entre los sistemas de derechos humanos y el derecho de inversiones, pueden reducir el riesgo de fragmentación antes mencionado.

⁶⁶ Cfr. artículos 3, 19 y 32 de la DNUDPI.

Aun así, y a pesar de la amplia gama de posibilidades a disposición de los tribunales de inversión para hacer frente a las interacciones entre los derechos de los pueblos indígenas y el derecho de las inversiones, los tribunales hasta ahora no parecen haber hecho uso de éstas, al menos en cuanto a los derechos de los pueblos indígenas.⁶⁷ Una de las principales razones de ello radica en el hecho de que las partes pocas veces han presentado como argumentación los derechos de los pueblos indígenas y los derechos humanos en los procesos de inversión.⁶⁸ Por esa razón, las diferentes técnicas y su potencial para fomentar el diálogo entre los sistemas de derechos humanos y de inversiones tendrán que ser discutidas principalmente de modo general o abstracto.

2. *Jurisdicción y derecho aplicable*

Una primera posibilidad de incentivar el diálogo es que las normas pertinentes en materia de derechos de los pueblos indígenas puedan contribuir a conformar el derecho aplicable.⁶⁹ Más particularmente, ese reconocimiento aumenta las posibilidades para los tribunales de inversión de hacer referencia a los derechos de los pueblos indígenas, como “derecho aplicable entre las partes”, con relación a las disposiciones que constituyen una codificación del derecho internacional consuetudinario. Por ejemplo, el tribunal de inversión podría referirse a los derechos territoriales de los pueblos indígenas que son parte del derecho consuetudinario como derecho aplicable entre las partes. Esto, sin embargo, debe ser sometido a una advertencia importante: la posibilidad de que un tribunal de inversión pueda invocar los derechos de los pueblos indígenas depende, en gran medida, de la cláusula de jurisdicción en el tratado de inversión de que se trate. La jurisdicción de un tribunal se limita a lo que las partes hayan acordado. Por lo tanto, cuanto más amplia sea una cláusula jurisdiccional, más probabilidades tiene un tribunal de considerar presuntas violaciones de los derechos de los pueblos indígenas.⁷⁰

⁶⁷ Para mayores referencias sobre el debate en cuanto al derecho de las inversiones y los derechos humanos, véase la nota 2.

⁶⁸ Véase Schreuer, Christoph y Kriebaum, Ursula, *op. cit.*, p. 1096: “...los árbitros son propensos a reaccionar a las presentaciones de las partes, quienes van a invocar intereses de la comunidad [*community interests*; incluidos los derechos humanos], solo si sirve a sus intereses particulares. Sería atípico para un tribunal investigar y promover los intereses de la comunidad por iniciativa propia” (traducción no oficial). Véase también la sección IV. 3 de este capítulo.

⁶⁹ Véase la sección II de este capítulo.

⁷⁰ Kriebaum, Ursula, “Human Rights of the Population...”, *cit.*, p. 661.

Como ejemplo de una cláusula amplia de jurisdicción vale la pena mencionar el artículo IX del TBI Noruega-Lituania, el cual comprende “cualquier disputa que surja entre el inversionista de una parte contratante y la otra parte contratante en relación con una inversión...”.⁷¹ En el caso de estas amplias cláusulas jurisdiccionales, estaría en principio dentro del ámbito de la jurisdicción del tribunal de inversiones examinar violaciones de los derechos de los pueblos indígenas que pudieran surgir en relación con una inversión.⁷² La mayor protección de los derechos de los pueblos indígenas en el derecho internacional tendría lugar potencialmente, sin duda alguna, con estas cláusulas jurisdiccionales amplias.⁷³

Las cláusulas típicas sobre la “elección de derecho aplicable” (*choice of law clauses*) en los tratados de inversión se refieren al derecho del país de acogida y a las normas de derecho internacional que sean aplicables.⁷⁴ Por lo tanto, los tribunales podrían, siempre que la cláusula jurisdiccional sea suficientemente amplia, recurrir a los instrumentos pertinentes para la protección de los derechos de los pueblos indígenas en el marco del Derecho Internacional (por ejemplo, el Convenio núm. 169 de la OIT) o al Derecho Internacional consuetudinario aplicable. En una línea similar,

⁷¹ Artículo IX del Tratado Bilateral de Inversiones entre Noruega y Lituania (traducción no oficial).

⁷² Por el contrario, las cláusulas jurisdiccionales que restringen la competencia a violaciones del tratado de inversión, dejan muy poco margen para hacer referencia a los derechos de los pueblos indígenas; véase por ejemplo, el artículo 9.1 del TBI Países Bajos-El Salvador como ejemplo de una cláusula jurisdiccional restrictiva: “Las disputas que surjan dentro del ámbito de este Acuerdo entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante concerniente a una inversión de ese inversionista en el territorio de la primera Parte Contratante, serán, si es posible, resueltas a través de consultas”.

⁷³ Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, la posibilidad de tomar en consideración los estándares internacionales concernientes a los derechos indígenas, en términos de la legislación aplicable, tiene que ver con la posibilidad de que los tribunales competentes en materia de inversiones dispongan de un marco jurídico suficientemente amplio como para determinar las posibles violaciones de los derechos de los pueblos indígenas a que se refiera la controversia. Véase sobre la discusión sobre la jurisdicción y el derecho aplicable, Kriebaum, Ursula, “Human Rights of the Population...”, *cit.*, p. 660 y ss.

⁷⁴ *Cf.* artículo 10.7 del Tratado Bilateral de Inversiones entre los Países Bajos y Argentina; véase artículo 42.1 del Convenio del CIADI, que establece que “[... a] falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”. *Cf.* Kriebaum, Ursula, “Human Rights of the Population...”, *cit.*, p. 661 para mayor información.

los tribunales también podrían aplicar los derechos de los pueblos indígenas como parte del derecho del Estado de acogida.⁷⁵

En el caso, por ejemplo, de que los derechos de los pueblos indígenas a la tierra compitan con las reclamaciones de los inversores extranjeros, los tribunales podrían basarse en técnicas pertinentes para la resolución de conflictos de normas, invocando especialmente los principios de la *lex posterior* o la *lex specialis*.⁷⁶ Un tribunal podría incluso considerar la jerarquía de las normas en caso de obligaciones de *ius cogens*. Los derechos de los pueblos indígenas que podrían ser clasificados como *ius cogens* incluyen el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas o su derecho a no ser objeto de genocidio cultural en caso de violaciones consistentes de sus territorios y su patrimonio cultural.⁷⁷ Hasta ahora, sin embargo, estos criterios no parece que hayan sido aplicados por los tribunales de inversión, de lo que se deduce que la posibilidad de promover el diálogo continúa sin realizarse.

También las cláusulas en tratados de inversión que requieren la conformidad con el derecho aplicable del Estado de acogida (“*in accordance with host state law clauses*”) pueden ser un medio para dar efecto a los derechos de los pueblos indígenas, en la medida en que estos derechos sean parte de la legislación de dicho Estado. En este sentido, son de especial importancia las normas constitucionales de apertura, en las cuales se hace referencia por ejemplo, “al derecho internacional de los derechos humanos” y por lo tanto también a los estándares internacionales concernientes a los derechos de los pueblos indígenas en la medida que sean vinculantes (es decir, o en tratados internacionales entre las partes o como derecho consuetudinario).⁷⁸ Varios tratados de inversión incluyen en la definición de la inversión la mención a “de acuerdo con el derecho aplicable del Estado de acogida”.⁷⁹ De esa

⁷⁵ Esto parece particularmente importante en virtud del creciente reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas, en especial en los países latinoamericanos. Véase por ejemplo las constituciones de Brasil, Bolivia, Colombia, Ecuador, Nicaragua, Paraguay y Venezuela. Para mayores referencias véase International Law Association, *Rights of Indigenous Peoples*, Report of the 74th ILA Conference..., *cit.*, p. 23.

⁷⁶ Véase Gazzini, Tarcisio y Radi, Yannick, “Foreign Investment with a Human Face, with Special Reference to Indigenous Peoples’ Rights”, en Hofmann, Rainer y Tams, Christian J. (eds.), *International Investment Law and Its Others*, Baden-Baden, Nomos, 2012, p. 87, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2030871.

⁷⁷ *Cf.* Vadi, Valentina Sara, “When Cultures Collide: Foreign Direct Investment, Natural Resources, and Indigenous Heritage in International Investment Law”, *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 43, núm. 3, 2011, p. 857 y ss.

⁷⁸ *Cf.* artículo 57 y ss., de la Constitución del Ecuador de 2008.

⁷⁹ *Cf.* artículo 1.1 del Tratado Bilateral de Inversiones entre Alemania y Filipinas (traducción no oficial); véase también artículo 1.4 del Tratado Bilateral de Inversiones entre

manera, las inversiones que se hacen en violación del derecho del Estado de acogida no gozan de protección en virtud de un TBI y, por lo tanto, los inversores pueden perder su protección en casos de graves violaciones de los derechos de los pueblos indígenas que al mismo tiempo constituyan una violación del derecho interno del Estado de acogida. Incluso, también sin cláusulas explícitas, los tribunales de inversión han examinado si las inversiones se realizaron de conformidad con la legislación del Estado de acogida antes de otorgarse la protección.⁸⁰ Esa legislación se convierte en un medio de protección de los derechos de los pueblos indígenas.

El tema se hace mucho más complejo cuando un Estado quiere adecuar su marco legal para reconocer los derechos de los pueblos indígenas después de que se haya hecho una inversión.⁸¹ “*In accordance with host state law clauses*” normalmente hace referencia al derecho del Estado anfitrión al tiempo de realizar la inversión. Así, no se refiere a los cambios legislativos promulgados por un Estado posteriormente, con el fin de adaptar su legislación a las normas pertinentes en materia de derechos de los pueblos indígenas.⁸² Tales

España y México. Véase Kriebaum, Ursula, “Human Rights of the Population...”, *cit.*, p. 664, para mayores detalles.

⁸⁰ El tribunal del CIADI en *Plama Consortium Limited v. Bulgaria* observó que: “A diferencia de una serie de tratados bilaterales de inversión, el TCE (Tratado sobre la Carta de la Energía) no contiene una disposición que requiera la conformidad de la inversión con una ley en particular. Esto no significa, sin embargo, que las protecciones previstas por el TCE cubran todo tipo de inversiones, incluidas las contrarias a la legislación nacional e internacional”; *Plama Consortium Limited v. Bulgaria*, Caso CIADI Núm. ARB/03/24, Laudo de 27 agosto de 2008, párr. 138 (traducción no oficial). Como ha afirmado en general el tribunal del CIADI, en *Phoenix Action v. Czech Republic* en un *obiter dictum*: “Para tomar un ejemplo extremo, nadie sugeriría que la protección del CIADI debe concederse a las inversiones realizadas en violación de las reglas más fundamentales de la protección de los derechos humanos, como las inversiones en virtud de la tortura o el genocidio o en apoyo de la esclavitud y el tráfico de órganos humanos”; *Phoenix Action, Ltd. v. Czech Republic*, Caso CIADI Núm. ARB/06/5, Laudo de 15 abril de 2009, párr. 78 (traducción no oficial). Véase en general Kriebaum, Ursula, “Human Rights of the Population...”, *cit.*, p. 665.

⁸¹ Una excepción en contrario es el TBI entre China y Malta, que requiere que las inversiones estén continuamente en conformidad con la ley del Estado anfitrión. El artículo 2.2 del TBI entre China y Malta (2009) afirma: “Las inversiones de cualquiera de las partes contratantes se harán y deben, por toda su duración, estar continuamente en línea con las respectivas legislaciones nacionales” (traducción no oficial). Tal formulación permitiría una consideración más amplia de los derechos de los pueblos indígenas, abarcando incluso las modificaciones jurídicas posteriores. Véase en general Kriebaum, Ursula, *The States Duty to Protect Human Rights. Investment and Human Rights*, p. 8, disponible en: http://deicl.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/i_deicl/VR/VR_Personal/Kriebaum/Publikationen/states_duty_protect_human_rights.pdf.

⁸² Cuando los contratos entre el inversionista y el Estado de acogida incluyen cláusulas de estabilización, las reformas legislativas posteriores parecen aún más difíciles. En rela-

cambios legislativos posteriores pueden, en consecuencia, entrar en conflicto con los derechos de los inversionistas extranjeros.

De este modo habría, en el ámbito jurisdiccional y del derecho aplicable, posibilidades para reducir la fragmentación y aumentar el diálogo entre el derecho de inversiones y los derechos de los pueblos indígenas. Esto con la advertencia de que la posible referencia a los derechos de los pueblos indígenas depende en gran medida del texto y de las disposiciones del respectivo tratado de inversión, y obviamente de la argumentación de las partes.

3. Interpretación de los tratados

También para la interpretación de los tratados, un mayor reconocimiento de los derechos indígenas en el ámbito de los derechos humanos es sin duda de relevancia para los tribunales de inversión y una importante medida para fomentar el diálogo entre los sistemas. Especialmente importante lo constituye el llamado “principio de integración sistémica” del artículo 31.3.c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT).⁸³ Se establece que en la interpretación de un tratado, juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta, “...toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. De este modo el artículo 31.3.c) de la CVDT puede, en principio, constituir una herramienta importante para interpretar un tratado de inversión de conformidad con los derechos humanos o de los indígenas.

En la medida en que un conjunto normativo en materia de derechos de los pueblos indígenas sea vinculante para las partes, un tribunal de inversión podría referirse a los derechos de los pueblos indígenas invocando el artículo 31.3.c) de la CVDT. De ahí que cuando los inversores indígenas reclaman

ción con las cláusulas de estabilización y los derechos humanos, véase Shemberg Andrea, *Stabilization Clauses and Human Rights*, 11 de marzo de 2008, disponible en: <http://www.reports-and-materials.org/Stabilization-Clauses-and-Human-Rights-11-Mar-2008.pdf>.

⁸³ En cuanto a la pertinencia del principio de integración sistémica, véase por ejemplo Simma, Bruno y Kill, Theodore, *op. cit.*; véase también el artículo 31.3.c) de la CVDT y el informe del 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, párr. 423; Gardiner, Richard, *Treaty Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 260; McLachlan, Campbell, “The Principle of Systemic Integration and Article 31(1)(c) of the Vienna Convention”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, núm. 2, 2005, p. 279.

un trato preferencial por ser indígenas, un tribunal podría interpretar las disposiciones relevantes de los tratados de inversión de una manera que sea favorable a las reclamaciones de los inversores indígenas. De hecho, el tribunal *Grand River* se refirió en términos muy amplios a los derechos de los pueblos indígenas en su interpretación de las obligaciones estatales derivadas del tratado de inversión.⁸⁴ Sin embargo y lamentablemente, el tribunal no mencionó el principio de integración sistémica, tal como se recoge en el mencionado artículo de la CVDT.

En segundo lugar, el mayor reconocimiento de derechos indígenas en el ámbito de los derechos humanos puede promover la referencia a los derechos de los pueblos indígenas cuando un Estado de acogida utiliza estos últimos como un “escudo”. De este modo, un tribunal de inversión podría invocar las normas correspondientes en materia de derechos de los pueblos indígenas, en la medida en que sean vinculantes entre las partes; adoptar, en consecuencia, una interpretación de las normas de los tratados de inversión acorde con los derechos de los pueblos indígenas; y tomar así una posición favorable en defensa del Estado de acogida. Esto sobre todo en el caso de contar con cláusulas amplias en los tratados, como, por ejemplo, cuando se determina el significado de los estándares del TJE, de las cláusulas de protección y seguridad plena o de las acciones relacionadas con una expropiación directa o indirecta. Hasta el momento, eso no parece haber ocurrido.⁸⁵

⁸⁴ Cfr. sección 4. *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. and others v. United States*, UNCITRAL, Laudo..., *cit.*, párr. 182(3). Véase Viñuales, Jorge E., *Foreign Investment and the Environment in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 154.

⁸⁵ De hecho, Bolivia, en su Counter-Memorial, se refirió a la necesidad de una interpretación sistemática del respectivo TBI entre Inglaterra y Bolivia, mencionando también el artículo 31.3.c) CVDT y las normas pertinentes de los derechos de los pueblos indígenas, y citando también decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; *South American Silver Limited v. Bolivia*, UNCITRAL, Caso CPA Núm. 2013-15, Repondent's Counter-Memorial, 31 de marzo de 2015, p. 58 y ss. (párr. 193 y ss., disponible en: <https://www.pcacases.com/web/sendAttach/1291>). *Queda por ver si el tribunal va a hacer referencia a la interpretación sistémica*. El caso sigue pendiente. Véase para más información generalmente Kriebaum, Ursula, “Human Rights of the Population...”, *cit.*, p. 668 en lo relativo a los derechos humanos. De hecho, el texto del tratado es el comienzo y usualmente, punto final de cualquier interpretación: “*in claris cessat interpretatio*” (“la interpretación se detiene frente a la claridad”). Es la tarea de un tribunal internacional interpretar, no reemplazar una disposición de un tratado. En palabras del tribunal arbitral en el *caso de Laguna del Desierto*, la interpretación es “una función judicial, cuyo propósito es determinar el significado exacto de una disposición, pero que no se puede cambiar”. Véase *Dispute concerning the Course of the Frontier between BP 62 and Monte Fitz Roy «Laguna del Desierto» (Argentina v. Chile)*, Laudo de 21 de octubre de 1994, párr. 75 (traducción no oficial).

De un modo más general y tomando en consideración la escasa práctica, los tribunales de inversión parecen renuentes a incorporar normas externas, en particular las referidas a los derechos humanos e indígenas. Aparte del caso *Grand River*, no se han hecho menciones a los derechos de los pueblos indígenas por parte de otros tribunales de inversión. Las razones de esta limitada mención son múltiples. Por una parte, el objeto especializado y el propósito de la mayoría de los TBI se centra en la protección de la inversión. Este hecho impide, de alguna manera, una debida y necesaria referencia a los derechos humanos e indígenas mediante la interpretación.⁸⁶ Otro elemento que juega un papel importante y que limita las referencias a los tratados de derechos humanos y a otros instrumentos que consagran los derechos de los pueblos indígenas, lo constituye el hecho de que la formación académica de muchos árbitros de inversión reside fundamentalmente en el derecho privado. Por último, si las presuntas violaciones de los derechos de los pueblos indígenas no son planteadas en las demandas, escritos y argumentaciones de las partes en la controversia, lo más probable es que el tribunal ni siquiera pueda conocerlas.⁸⁷ En general, resulta claro que hasta ahora el impacto de normas concernientes a los derechos indígenas es muy limitado. Aunque existen, en teoría, medidas para favorecer el diálogo y reducir la fragmentación entre el derecho de las inversiones y los derechos humanos, en la práctica y a la luz de los resultados esto no parece haberse alcanzado, al menos todavía. Hasta ahora se constata demasiado poco diálogo entre los sistemas de derechos humanos y de inversión extranjera.

4. *Participación de los pueblos indígenas como amicus curiae en los procesos de inversión*

La limitada referencia a los derechos de los pueblos indígenas en los procesos de inversión plantea como desafío cómo y de qué manera se puede informar a un tribunal de inversiones sobre los asuntos que preocupan y afectan a aquellos. La participación de los pueblos indígenas a través de *amicus curiae*

⁸⁶ Cfr. artículo 31.1 de la CVDT, en referencia al objeto y los efectos de la interpretación de un tratado.

⁸⁷ Hay que tener en cuenta también que el razonamiento proporcional puede ser utilizado como una técnica de resolución de conflictos y armonización entre el derecho de las inversiones y el derecho de los pueblos indígenas. Véase por ejemplo Schill, Stephan W., “Cross-Regime Harmonization through Proportionality Analysis. The Case of International Investment Law, the Law of State Immunity and Human Rights”, *ICSID Review*, vol. 27, núm. 1, 2012, p. 87, para más detalles.

adquiere en este contexto una gran importancia, ya que normalmente estos no son parte en las disputas judiciales, pero sí se encuentran en muchos casos afectados por las actividades de inversión. En este sentido la presentación de *amicus curiae* constituye el medio adecuado para que puedan expresar sus preocupaciones.⁸⁸

Los informes de *amicus curiae* tienden a apoyar al tribunal en el logro de una visión más completa de los antecedentes fácticos y jurídicos de un determinado caso.⁸⁹ A veces se acuerdan explícitamente en los tratados de inversión y algunos TBI hacen referencia a la posibilidad de que se presenten *amicus curiae*, generalmente dejando a discreción del tribunal arbitral aceptar la presentación de esos informes.⁹⁰ También, si no se menciona explícitamente en un tratado de inversión, queda a discreción de los tribunales del CIADI la aceptación de los informes *amicus curiae*.⁹¹ En atención al reconocimiento de los pueblos indígenas como pueblos distintos, los tribunales de inversión deberían permitir informes de *amicus curiae* por parte de los pueblos indígenas, cuando sus intereses estén en juego.

Los casos de inversión en los que se ha hecho mención a asuntos de pueblos indígenas han mostrado hasta ahora una significativa relevancia práctica de los informes de *amicus curiae*.⁹² En *Glamis Gold*, la Nación Indígena Quechan presentó un informe *amicus curiae*, que apoyó la posición del Gobierno de los Estados Unidos en cuanto a la preservación y protección de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras ancestrales.⁹³ Un informe de *amicus curiae* fue igualmente presentado en el caso *Chevron v. Ecuador*,

⁸⁸ El incremento de la participación de los pueblos indígenas en litigios sobre inversión viene de la mano del reconocimiento de los mismos como pueblos distintos (véase por ejemplo el artículo 3 DNU DPI) y de su derecho a determinar las estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos (artículo 32.1 de la DNU DPI).

⁸⁹ Véase Kriebaum, Ursula, “Human Rights of the Population...”, *cit.*, p. 658, para la jurisprudencia relevante sobre las presentaciones escritas de *amicus curiae* por grupos de derechos civiles y organizaciones no gubernamentales de derechos humanos.

⁹⁰ Véase el artículo 10.20 del Tratado de Libre Comercio (FTA) Australia-Chile (procedimiento de arbitraje): “...2. El tribunal tendrá la facultad de aceptar y considerar presentaciones escritas de *amicus curiae* que puedan asistir al tribunal en la evaluación de las presentaciones y argumentos de las partes contendientes que provengan de una persona o entidad, que no sea una parte contendiente...”.

⁹¹ *Cf.* Regla 37 de las Reglas de Arbitraje del CIADI en su versión modificada de 2006.

⁹² Véase, sin embargo, la negativa del tribunal arbitral para admitir la presentación de *amicus curiae* en: *Bernhard von Pezold and others v. Republic of Zimbabwe*, *op. cit.* Véase la nota 58 para mayor referencia.

⁹³ Véase por ejemplo la *Non-Party Supplemental Submission by the Quechan Indian Nation* (Comunicación complementaria por parte de la Nación Indígena Quechan), *Glamis Gold Ltd. v. United States*, *op. cit.*, p. 1.

manteniendo que la disputa era a la vez no justiciable y que escapaba de la jurisdicción de un tribunal inversor-Estado.⁹⁴ También en el caso *Grand River*, la Oficina del Jefe Nacional de la Asamblea de las Primeras Naciones de Canadá apoyó a los inversores indígenas a través de un informe de *amicus curiae*.⁹⁵ No obstante, en estos casos, los informes de *amicus curiae*, presentados con el propósito de transmitir las preocupaciones indígenas, no parece que tuvieran un significativo impacto en el resultado de dichos casos.⁹⁶ Así, quedaban más como una medida teórica para fomentar el diálogo que como una práctica con efecto en las decisiones de los tribunales de inversión.

5. *La transparencia en los procesos de inversión*

Aumentar los requisitos para lograr una mayor transparencia en los procesos de inversión —como la observación y el control público por parte de la sociedad civil, los medios de comunicación y las organizaciones no gubernamentales— puede tener un gran impacto en la promoción del respeto de los derechos de los pueblos indígenas,⁹⁷ y, así, parece una medida para impulsar el diálogo. De este modo se puede contrarrestar el secreto que es normalmente cuestionado en los procedimientos de inversión. Sin embargo, es una realidad que los requerimientos para lograr una mayor transparencia

⁹⁴ Fundación Pachamama e International Institute for Sustainable Development (IISD), 5 de noviembre de 2010, Case CPA Núm. 2009-23, *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company and The Republic of Ecuador. Submission of Amici*, párr. 1.4, disponible en: https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/submission_amici_pachamama_chevron.pdf; el informe de *amicus curiae* que se refiere a la DNUDPI, por ejemplo, en el párr. 4.9.

⁹⁵ Office of the National Chief of the Assembly of Canadian First Nations, *Letter to ICSID tribunal regarding the case Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. and others v. United States*, 19 de enero de 2009, disponible en: <http://www.state.gov/documents/organization/117812.pdf>.

⁹⁶ Las razones de la escasa repercusión son varias. Algunos casos son declarados inadmisibles, véase *Burlington v. Ecuador*, *op. cit.*, y *Vito G. Gallo v. Government of Canada*, Arbitration under Chapter 11 NAFTA and UNCITRAL Arbitration Rules (Arbitraje de conformidad con el Capítulo 11 del TLCAN y el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI), Laudo..., *cit.* En *Glamis Gold, Ltd. v. United States of America*, *op. cit.*, por el contrario, las consideraciones sobre los pueblos indígenas no parecen haber desempeñado ningún papel en las deliberaciones de los tribunales (véase nota 59). *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. and others v. United States*, UNCITRAL, Laudo..., *cit.*, la presentación *amicus curiae* reiteró y apoyó abundantemente los argumentos de los demandantes ya expuestos en el memorial, con una relevancia de alguna manera limitada; véase en general en la sección IV.

⁹⁷ *Cfr.* Vadi, Valentina Sara, *op. cit.*, p. 878.

en los tratados de inversión son poco frecuentes.⁹⁸ Aun así, hay una tendencia general hacia una mayor transparencia. Esto se puede evidenciar, particularmente en el reciente Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado.⁹⁹ Esto puede ser beneficioso para la causa indígena porque las violaciones de los derechos de estos pueblos están expuestas a la presión y la observación públicas. Con el aumento de la importancia que se le da a los derechos de los pueblos indígenas se espera que los requisitos de transparencia tengan un impacto aun mayor en el futuro y que desarrollen mejor su potencial de facilitar el diálogo.

6. *Derechos humanos e indígenas: pericia de los árbitros*

Por último, la educación y la experiencia de los árbitros son factores relevantes para la promoción de los derechos de los pueblos indígenas en los procesos de inversión. El sesgo del derecho privado o comercial sobre los procedimientos de inversión se ha visto como un posible impedimento para un debido

⁹⁸ UNCITRAL, *Rules on Transparency in Treaty Based Investor-State Arbitration*, 2014, disponible en: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/rules-on-transparency/Rules-on-Transparency-E.pdf>. Como un ejemplo de modelo en materia de transparencia véase el artículo 10.22 (Transparencia de las actuaciones arbitrales) del TLC Chile-Australia: “1. De conformidad con los párrafos, 2 y 4, el demandado deberá, después de recibir los siguientes documentos, ponerlos a disposición del público a su costo: (a) la notificación de intención a que se refiere el artículo 10.16.2; (b) la notificación de arbitraje a que se refiere el artículo 10.16.4; (c) los alegatos, escritos de demanda y expedientes presentados al tribunal por una parte contendiente y cualquier presentación escrita efectuada de conformidad con los párrs. 2 y 3 del artículo 10.20, artículo 10.21.2 y artículo 10.26; (d) las actas o transcripciones de las audiencias del tribunal, cuando estén disponibles; y (e) las órdenes, laudos y fallos del tribunal. 2. El tribunal realizará audiencias abiertas al público y determinará, en consulta con las partes contendientes, los arreglos logísticos pertinentes. Sin embargo, cualquier parte contendiente que pretenda usar en una audiencia información catalogada como información comercial confidencial o información privilegiada o que de otra manera se encuentre protegida de divulgación de conformidad con la legislación de una Parte, deberá informarlo al tribunal. El tribunal realizará los arreglos pertinentes para proteger la información de su divulgación, incluyendo el cierre de la audiencia durante cualquier discusión sobre información confidencial”. Véase las disposiciones similares en el TBI Modelo de Noruega de 2007 (artículo 29), en el TBI Modelo de EE.UU. de 2012 (artículo 29) y en el TBI Modelo de Canadá de 2004 (artículo 38); en general véase Kriebbaum, Ursula, “Human Rights of the Population...”, *cit.*, p. 659.

⁹⁹ En este sentido, *idem*.

reconocimiento de temas como el de los derechos humanos.¹⁰⁰ Un mayor conocimiento y dominio del derecho internacional público podría inducir a los árbitros a considerar también relevantes intereses públicos en juego, como por ejemplo los derechos humanos e indígenas, más allá de la resolución de una controversia de inversión particular. De hecho, unos conocimientos más específicos sobre los derechos humanos e indígenas podrían ser particularmente beneficiosos para la mejor comprensión de los árbitros sobre las preocupaciones de los indígenas. En *Grand River*, dicha pericia fue asegurada por uno de los tres árbitros, James Anaya, anterior Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Su pericia se aprecia entre líneas en la sentencia,¹⁰¹ y parece haber contribuido positivamente a lograr una lectura armónica de ambos sistemas —los derechos de los pueblos indígenas y el derecho de las inversiones—, demostrando un avance en el potencial diálogo entre ambos regímenes.

7. Valoración crítica

Existen varias posibilidades para tomar en consideración los derechos de los pueblos indígenas en las controversias sobre inversiones, así como medidas existentes para impulsar el diálogo entre ambos sistemas. El rango de esas posibilidades incluyen la jurisdicción de un tribunal y el derecho aplicable, los informes *amicus curiae* y la educación y formación de los árbitros en materia de los derechos humanos e indígenas. En principio, estas técnicas se aplican en tanto y en cuanto se utilizan los derechos de los pueblos indígenas como un “escudo”, es decir, como una defensa por parte del Estado de acogida para eludir su responsabilidad en las disputas de inversión; o —aunque con menos frecuencia— como una “espada”, cuando los inversores indígenas se refieren a las normas pertinentes en materia de derechos de los pueblos indígenas

¹⁰⁰ Véase Schreuer, Christoph y Kriebaum, Ursula, *op. cit.*, p. 1096: “Un factor restrictivo en la consideración de los intereses de la comunidad es el origen del arbitraje de inversiones en el arbitraje comercial. No es poco frecuente que los tribunales se centren en la solución de la controversia particular, sin tener en cuenta las repercusiones más amplias de sus decisiones...” (traducción no oficial).

¹⁰¹ Véase por ejemplo *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. and others v. United States*, UNCITRAL, Laudo..., *cit.*, párr. 210: “Es muy probable, ya que los reclamantes instaron que sí existe un principio de derecho internacional consuetudinario que exige a las autoridades gubernamentales consultar a los pueblos indígenas las políticas gubernamentales o acciones que les afecten significativamente. Uno de los miembros del Tribunal ha establecido que existe una norma consuetudinaria al respecto” (traducción no oficial).

para discutir un trato preferencial. El mayor reconocimiento de los derechos indígenas tiene efectos positivos tanto a través del aumento de estándares de derechos indígenas como promoviendo la participación de los indígenas en los procesos de inversión mediante los informes *amicus curiae*, entre otras posibilidades. En general, las técnicas mencionadas deben verse como parte de un enfoque integral, de manera que se complementen mutuamente para lograr el máximo respeto a los derechos de los pueblos indígenas.

IV. SOLUCIONES ADICIONALES PARA FOMENTAR EL DIÁLOGO Y HACER FRENTE A LOS CONFLICTOS ENTRE EL DERECHO DE LAS INVERSIONES Y EL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

1. *Marco general*

La mayoría de las soluciones antes mencionadas pueden implementarse sobre la base de la ley existente —*de lege lata*. Sin embargo, no son necesariamente suficientes para hacer frente a la necesidad de procurar un diálogo entre los sistemas de derechos humanos y el derecho de inversiones en materia de derechos de los pueblos indígenas. En consecuencia, se requiere de una reforma —*de lege ferenda*— para promover aún más los derechos de los pueblos indígenas en los procesos de inversión. Esto significa relacionar dichos procesos en los tratados de inversión de manera explícita con el derecho sustantivo que corresponda, por ejemplo con los derechos humanos, con los derechos de los pueblos indígenas o con las cláusulas de excepción cultural. También se incluyen medios procesales, como el derecho a la intervención de los pueblos indígenas, obligaciones *ex ante* de respeto de los derechos humanos o evaluaciones de impacto cultural. Sin embargo, algunas de estas soluciones *de lege ferenda* deben ser manejadas con mucho criterio y cuidado. El objetivo de fomentar el diálogo y promover los derechos de los pueblos indígenas tiene que equilibrarse con el objetivo principal del arbitraje internacional de inversiones: la resolución oportuna de diferencias relativas a inversiones.

2. *La referencia a los derechos humanos y de los pueblos indígenas en los tratados de inversión*

Incorporar referencias explícitas a los derechos humanos e indígenas en los tratados de inversión sería la primera manera de promover los derechos de

los pueblos indígenas y fomentar el diálogo. Por ejemplo, la referencia a los derechos humanos en el preámbulo de un tratado de inversión podría inducir a los árbitros a una interpretación del tratado de conformidad con los derechos humanos y los derechos de los pueblos indígenas. Del mismo modo, los países con un número importante de pueblos indígenas podrían considerar incluir en el preámbulo de sus TBI referencias explícitas a los derechos de estos. Igualmente, referencias más generales a los derechos humanos en el preámbulo de un tratado de inversión deben inducir a los árbitros a interpretar dicho tratado con la debida consideración de los derechos de los pueblos indígenas, particularmente cuando sus garantías interfieran con tales derechos.

En este sentido, la incorporación de estas referencias se convertiría en una herramienta potencialmente poderosa. Sin embargo, un tratado de inversión con una referencia general a los derechos humanos, o incluso a los derechos de los pueblos indígenas es aún una aspiración.¹⁰² El único documento con mención explícita de los derechos humanos, aparentemente, es el proyecto noruego de un TBI Modelo (*Model BIT*),¹⁰³ que sin embargo no ha sido aún adoptado.

Una manera incluso más efectiva de lograr el respeto de los derechos humanos e indígenas por parte de los inversores y así fomentar el diálogo sería incluir una cláusula en el texto de los tratados en la que se haga una referencia explícita a los Estados de acogida.¹⁰⁴ Este tipo de cláusulas podrían exigir, con mayor razón, que las inversiones tengan que realizarse de conformidad con la legislación del Estado de acogida, durante toda

¹⁰² Ciertos TBI se refieren a los derechos laborales o la protección de la salud y la seguridad en su preámbulo; véase por ejemplo el TBI entre Estados Unidos y Albania, el TBI entre Estados Unidos y Argentina, el TBI entre Estados Unidos y Armenia, el TBI entre Estados Unidos y Azerbaiyán, el TBI entre Estados Unidos y Bolivia, el TBI entre Estados Unidos y Ecuador o el TBI entre Estados Unidos y Estonia.

¹⁰³ Véase el TBI Modelo de Noruega. El TBI Modelo de Noruega contiene en su Preámbulo un compromiso con los derechos humanos tal como se establece en la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “Reafirmando su compromiso con la democracia, el Estado de derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales, de conformidad con sus obligaciones en virtud del Derecho internacional, incluidos los principios establecidos en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración universal de Derechos Humanos...” (traducción no oficial), disponible en: <https://www.regjeringen.no/contentassets/e47326b61f424d4c9c3d470896492623/draft-model-agreement-english.pdf>; véase la discusión en *Letter from Norwegian Centre for Human Rights to Business and Industry Department*, 15 de abril de 2008, disponible en: <http://www.humanrights.uio.no/nasjonalinstitusjon/overvakning/horinger/2008/investeringer.pdf>.

¹⁰⁴ Véase Kriebaum, Ursula, “Human Rights of the Population...”, *cit.*

la duración de la inversión.¹⁰⁵ Este proceder tendría la ventaja de que los inversores extranjeros que violen los derechos humanos e indígenas durante la vigencia de su inversión pierdan la protección en virtud del tratado de inversión. Al mismo tiempo, una cláusula demasiado amplia plantea el riesgo de abuso por parte de los Estados de acogida. Ello por lo tanto tiene que ser manejado con cuidado y estar restringido al cumplimiento de las normas protectoras de los derechos humanos e indígenas a nivel nacional y durante la duración de la inversión.

3. *Cláusula de excepción de derechos humanos y culturales en tratados de inversión*

El reconocimiento de los pueblos indígenas como pueblos culturalmente diferentes pide ir más allá. *De lege ferenda*, para fortalecer sus derechos, se podría incorporar en los tratados de inversión una cláusula de excepción relativa a los derechos culturales y humanos. Una cláusula de excepción cultural en los tratados de inversión permitiría al Estado de acogida proteger los sitios de valor cultural, incluido el patrimonio cultural indígena,¹⁰⁶ pero además, dichas cláusulas podrían referirse también a medidas de acción afirmativa para enmendar injusticias del pasado. La incorporación de cláusulas de excepción cultural o similar en los tratados de inversión permite a los Estados de acogida hacer valer, mediante el uso de políticas de resguardo e incluso de la fuerza pública, la implementación de políticas sociales, en este caso, para proteger a los pueblos indígenas, con lo cual no deberían producirse violaciones de derechos en los respectivos tratados de inversión. De esta manera el Estado de acogida conserva sus poderes reguladores para atender situaciones concretas en las que pueda y deba adoptar medidas para salvaguardar y defender los derechos de los pueblos indígenas, lo que fomenta el diálogo entre los derechos humanos y el sistema de derecho de inversiones. Al mismo tiempo, dichas acciones podrían gravar económicamente al inversionista como consecuencia de las medidas de regulación adoptadas por el Estado anfitrión. Por ello las cláusulas de excepción cultural o similar deben ser utilizadas con precaución y solo deben incluirse con criterios claramente definidos en los tratados de inversión.

Algunos de estos acuerdos ya incorporan excepciones de este tipo. Malasia excluye del ámbito de sus TBI medidas destinadas a promover

¹⁰⁵ *Cf.* artículo 2.2 del TBI entre China y Malta de 2009, el cual, sin embargo, no contiene una referencia explícita a los derechos humanos.

¹⁰⁶ Sobre excepciones culturales, véase Vadi, Valentina Sara, *op. cit.*, p. 868 y ss.

el empoderamiento económico de la etnia bumiputra.¹⁰⁷ Ciertos TBI sudafricanos prevén excepciones para los programas de acción afirmativa para remediar las injusticias del pasado.¹⁰⁸ La incorporación de cláusulas similares también en otros tratados de inversión podría, con las cautelas anteriores, ser un medio para que los Estados persigan los programas de acción afirmativa en favor de los pueblos indígenas y de sus actividades tradicionales, sin correr el riesgo de ser acusados de violación, por ejemplo, del estándar de trato nacional del tratado de inversión o de las disposiciones de no discriminación. Así, las cláusulas de excepciones culturales proporcionarían un espacio normativo para que los Estados alcancen a reducir la fragmentación entre derechos humanos y el derecho de las inversiones.

4. ¿Derecho a la intervención de los pueblos indígenas?

El amplio reconocimiento de los pueblos indígenas como pueblos culturalmente distintos y la necesidad de fomentar el diálogo pueden requerir también derechos procesales adicionales, como un derecho a la intervención de los pueblos indígenas en los procesos de inversión. Tales derechos adicionales representan la identidad cultural de los pueblos indígenas, cuyos intereses, incluso si se ven afectados por el resultado de los procedimientos de inversión, corren el riesgo de no ser adecuadamente representados por el Estado de acogida de la inversión.¹⁰⁹ Por lo tanto tales derechos se encuentran en plena consonancia con la necesidad de impulsar el diálogo entre derechos indígenas y el derecho de inversiones en términos de distinción cultural y autodeterminación indígena.

De hecho, algunos expertos han reclamado un derecho a la intervención de los pueblos aborígenes en los procesos de inversión.¹¹⁰ Este derecho

¹⁰⁷ Véase Mann, Howard, *International Investment Agreements, Business and Human Rights. Key Issues and Opportunities*, International Institute for Sustainable Development, 2008, disponible en: https://www.iisd.org/pdf/2008/ia_business_human_rights.pdf.

¹⁰⁸ Cfr. artículo 3.4.c del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Mauricio y el Gobierno de la República de Sudáfrica para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (1998), disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1991>; artículo 3.3.c del Acuerdo entre la República Checa y la República de Sudáfrica para la Protección de las Inversiones y Promoción Recíproca (1998, entrada en vigor en espera), disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/982>; véase Schreuer, Christoph y Kriebaum, Ursula, *op. cit.*, p. 1093, para mayores referencias.

¹⁰⁹ Véase *ibidem*, pp. 361 y ss., para mayor referencia.

¹¹⁰ Wieland, Patrick, “Why the *Amicus Curia* Institution is Ill-suited to Address Indigenous Peoples’ Rights before Investor-State Arbitration Tribunals. Glamis Gold and the Right of Intervention”, *Trade, Law and Development*, vol. 30, núm. 2, 2011, p. 334.

a la intervención los convertiría en partes en el procedimiento, lo que les permitiría presentar escritos sin límite de páginas, asistir y participar en las audiencias orales y tener acceso a los registros.¹¹¹ Por tanto, iría más allá de los informes *amicus curiae*. Sin embargo y a pesar de los consistentes argumentos a favor de un derecho de intervención desde la perspectiva de los pueblos indígenas, esta aspiración parece aún poco probable.¹¹² Por otro lado, un derecho a la intervención de los pueblos indígenas en procedimientos de inversión dificultaría considerablemente dichos procedimientos, en particular mediante la identificación de los terceros intervinientes afectados por el resultado, el alargamiento de los procedimientos y una posible repolitización de la controversia. Como convincentemente ha argumentado Vadi:

Admitiendo a personas indígenas como terceros intervinientes para actuar como partes en un procedimiento, llevaría la judicialización demasiado lejos y como una cuestión de procedimiento, no sería deseable. Cuando los Estados se comprometen con un TBI, aceptan el arbitraje inversionista-Estado como el mecanismo de solución de controversias para resolver disputas de inversión con los extranjeros, no con otras partes con diferentes intereses.¹¹³

En resumen, una reforma jurídica *de lege ferenda* que permita la intervención de los pueblos como partes en un procedimiento de inversión, parece, desde la perspectiva del derecho de inversión, de un alcance poco deseado. Las interacciones entre los derechos de los pueblos indígenas y el derecho de inversiones, en un escenario de reforma de las aspiraciones de los pueblos indígenas y en vistas a realizar un diálogo verdadero entre los sistemas, tienen que ser contabilizadas o sopesadas de una manera diferente.

5. *¿Evaluaciones obligatorias ex ante sobre derechos humanos y culturales?*

Otra medida que podría incorporarse para impulsar el diálogo entre los derechos indígenas y el derecho de inversión se define por la adopción de acciones de protección de derechos antes de la admisión de una inversión. Para decirlo con un ejemplo, el artículo 32.2 de la DNUDPI señala que los Estados celebrarán consultas *de buena fe* con los pueblos indígenas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos. Esta norma presupone el re-

¹¹¹ *Ibidem*, p. 366.

¹¹² *Cfr.* Vadi, Valentina Sara, *op. cit.*, p. 886.

¹¹³ *Idem* (traducción no oficial).

conocimiento del potencial efecto que tiene un proyecto de inversión para los pueblos indígenas. Un medio útil para cumplir con este requisito y con ello atender estas preocupaciones sería precisamente poder exigir evaluaciones *ex ante* sobre la afectación a los derechos humanos y el impacto cultural de un proyecto.¹¹⁴ Ambas constelaciones siguen una lógica similar. Son un instrumento técnico para identificar las consecuencias sobre los derechos humanos o valores culturales de una actividad propuesta, así como un medio para evitar o mitigar esos previsibles efectos perjudiciales. Por tanto, para incluir evaluaciones obligatorias de impacto sobre los derechos culturales o los derechos humanos en general como criterios de admisión para una inversión en los tratados de inversión se debería promover una mayor protección de los derechos de los pueblos indígenas. Hasta el momento, los tratados de inversión no parecen requerir tales evaluaciones previas de impacto; no obstante, algunos sistemas nacionales lo estipulan.¹¹⁵

De lege ferenda podría ser útil incorporar evaluaciones obligatorias *ex ante* de impacto cultural o de derechos humanos en los tratados de inversión, especialmente para grandes proyectos de inversión, los cuales, por su alto potencial de riesgo, acarrearían graves consecuencias para las comunidades potencialmente afectadas. Así, las evaluaciones previas de impacto podrían ser una importante herramienta para evitar o mitigar los posibles efectos negativos de un proyecto de inversión para los pueblos indígenas antes de que ocurran. Son, por ello, un elemento fundamental para fomentar el diálogo.

6. Valoración crítica

Existen numerosas opciones *de lege ferenda* para mejorar la incorporación de las preocupaciones de los pueblos indígenas en los procesos ante los tribunales de inversión en clave de diálogo. Dichas soluciones están vinculadas

¹¹⁴ En cuanto a evaluaciones de impacto en materia de derechos humanos, véase Baxewanos, Fabiane y Raza, Werner, *Human Rights Impact Assessments as a New Tool for Development Policy?*, ÖFSE, Working Paper 37, enero de 2013, disponible en: http://www.oefse.at/fileadmin/content/Downloads/Publikationen/Workingpaper/WP37_Human_Rights.pdf; Harrison, James, *Measuring Human Rights: Reflections on the Practice of Human Rights Impact Assessment and Lessons for the Future*, Warwick School of Law Research Paper Núm. 2010-26, 2010, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1706742##; véase Vadi, Valentina Sara, *op. cit.*, p. 797, para más información sobre evaluaciones de impacto cultural.

¹¹⁵ Por ejemplo, las evaluaciones de impacto cultural realizadas en Nueva Zelanda versaron sobre las actividades que puedan afectar a los valores culturales de los Maori y el patrimonio; véase Vadi, Valentina Sara, *op. cit.*, p. 874.

al derecho sustantivo aplicable, es decir, a la incorporación de referencias a los derechos humanos e indígenas o cláusulas de excepción cultural en los tratados de inversión, así como a los medios procesales, como el derecho a la intervención de los pueblos indígenas o las evaluaciones obligatorias *ex ante* sobre el impacto cultural y en cuanto a los derechos humanos. Algunas de estas opciones aparecen como medios razonables y necesarios para promover aún más la causa indígena, en la idea de impulsar relaciones dialógicas. Otros por el contrario, como un derecho a la intervención de los pueblos indígenas, van demasiado lejos y pueden poner en peligro la eficacia de la solución de controversias de inversión. Por lo tanto, una cuidadosa consideración de los argumentos a favor y en contra debe preceder a cualquier adopción de medios adicionales para mejorar la promoción de los derechos de los pueblos indígenas en los procesos de inversión y para así fomentar el diálogo entre los derechos de los pueblos indígenas y los derechos humanos.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Las interacciones entre los derechos de los pueblos indígenas y el derecho de inversiones sugieren cuestiones complejas derivadas, entre otros aspectos, de la identidad de los pueblos indígenas como pueblos culturalmente distintos con una conexión muy particular con sus tierras. Más aún, los pueblos indígenas, por lo general, viven como minorías en muchos Estados y no son necesariamente representados por el Gobierno de esos Estados, que podrían ser Estados de acogida en un proceso de inversión.

Por otro lado, desde el punto de vista jurídico, observamos un fortalecimiento de los derechos de los pueblos indígenas, pero a la vez han aumentado las posibilidades de conflicto entre los derechos de los pueblos indígenas y los de los inversores extranjeros. Esto se refleja en la jurisprudencia de las instituciones de supervisión de los derechos humanos. Un caso emblemático lo constituye el amplio reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas por parte de la Corte IDH, lo cual ilustra el potencial de enfrentamientos entre los derechos de los inversionistas nacionales, extranjeros y los pueblos indígenas. Es indicio de una fragmentación entre el sistema de derechos humanos/derechos indígenas y el derecho de las inversiones. Este hecho evidencia la necesidad de abordar las interacciones y conflictos entre los derechos de los pueblos indígenas y el derecho de las inversiones. Para decirlo de otra manera: se requieren medidas que faciliten el diálogo.

Hasta el momento, las preocupaciones indígenas han encontrado muy poca reflexión en los procesos de inversión. Únicamente el tribunal *Grand*

River parece haberse pronunciado más extensamente sobre los derechos de los pueblos indígenas, mostrando un esfuerzo por dialogar. Al mismo tiempo, la creciente probabilidad de interacciones entre los derechos de los pueblos indígenas y el derecho de inversiones se traduce en una incuestionable necesidad de coordinación entre ambos sistemas, y llama a medidas para impulsar las relaciones dialógicas entre ellos. También los derechos indígenas exigen más generalmente un reconocimiento mayor de las preocupaciones de los pueblos indígenas en los procesos de inversión.

El derecho internacional de las inversiones, por su lado, contempla diversas técnicas para coordinar y abordar los conflictos entre los sistemas, para reducir la fragmentación y fomentar al diálogo. Las posibilidades comprenden la jurisdicción de un tribunal y el derecho aplicable, lo que incluye el derecho internacional en general y en consecuencia, las normas de protección de los pueblos indígenas, los métodos de interpretación de los tratados (artículo 31.3.c CVDT) y medios procesales, como los informes de *amicus curiae*. Aún así, los árbitros parecen hacer muy poco uso de esas técnicas. Por lo tanto, se necesitan más acciones *de lege ferenda* para fomentar el diálogo. Como fue demostrado, por ejemplo, se pueden hacer referencias explícitas a los derechos humanos e indígenas en los tratados de inversión o se pueden incorporar cláusulas de excepción cultural en esos tratados. En general, como se muestra en el caso *Grand River*, la experiencia personal de los árbitros es uno de los factores más importantes para dar el debido reconocimiento a las preocupaciones indígenas. Finalmente, para llegar a un enfoque verdaderamente holístico de las interacciones entre el derecho de inversiones y los derechos de los pueblos indígenas en la realización de un verdadero espíritu de diálogo, se debería recurrir más bien a una combinación de esas técnicas.

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ACUERDOS DE INVERSIÓN EN COLOMBIA. ANÁLISIS DESDE LA CLÁUSULA DE EXPROPIACIÓN INDIRECTA

Magdalena CORREA HENAO*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Las competencias constitucionales para la incorporación de tratados en Colombia.* III. *La cláusula de expropiación indirecta como foco de atención.* IV. *El ejercicio de las competencias del legislador y del juez constitucional en el estudio de la cláusula de expropiación indirecta de los tratados del DEL.* V. *Análisis crítico del ejercicio de las competencias constitucionales para la incorporación de los tratados públicos que incluyen la cláusula de expropiación indirecta.* VI. *Alternativas, perspectivas y conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

Como se propuso en el seminario organizado por el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público en diciembre de 2015, la conciliación de los ejes del constitucionalismo transformador la-

* Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid y abogada de la Universidad Externado de Colombia. Directora y docente investigadora del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Contacto: Magdalena.correa@uexternado.edu.co. Este capítulo tuvo como base el proyecto de investigación “Ausencia de controles constitucionales para la incorporación de tratados públicos, primera parte”, adelantado con las y los estudiantes Diana Milena Cortés Albornoz, Lisbeth Gil Betruz, Alberto Hoyos López y David Montoya García, de la Maestría en Derecho Público, en el año 2016. A ellos y a mi asistente de investigación, Verónica Delgado Pérez, agradezco el suministro de información relevante. También agradezco a los profesores María Cecilia Mc’Ausland, Nicolás Lozada y Wilfredo Robayo sus comentarios al capítulo y muy en especial al profesor, el doctor Jorge Roa Roa, por la seria revisión de su estructura y redacción.

inoamericano con los objetivos del derecho económico internacional (DEI) requiere de acciones desde fuera, esto es, desde el orden internacional propiamente dicho.¹

Sin embargo, desde la perspectiva constitucional, los aspectos más interesantes sobre este proceso de conciliación se refieren a las competencias que deben tener los Parlamentos o Congresos y los tribunales constitucionales para asegurar que un tratado del DEI no vulnere la Constitución. Por esa razón, las preguntas que guían este documento se refieren a ¿cuáles son las competencias internas que existen en Colombia para tales efectos?, ¿cuál es su función?, ¿cómo operan?, y ¿cómo deben operar para que el objetivo de armonización completa entre el DEI y el constitucionalismo transformador sea posible a través de su ejercicio?

Su respuesta cuando menos indicativa se presenta en este capítulo, a partir del estudio efectuado sobre doce tratados de derecho internacional económico, tanto de libre comercio y alianzas comerciales como de protección a las inversiones, desde 2008 hasta julio de 2016, en los que se ha incluido la cláusula de expropiación indirecta.² Esto con el objeto de determinar la forma en que durante su proceso de “autorización para ratificarlo”,³ se produjo la valoración del alcance y consecuencias jurídicas de la misma.

Para tales efectos, los siguientes apartados del capítulo se dedican a revisar el diseño constitucional colombiano sobre la incorporación de tratados públicos (II) y a identificar la estructura normativa que configura la cláusula de expropiación indirecta (III).

¹ 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; 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.

² Los tratados de libre comercio seleccionados, se han acordados con países que presentan condiciones económicas heterogéneas y homogéneas en relación a Colombia. Son de la primera categoría los tratados suscritos con Estados Unidos (2008), Canadá (2010) y República de Corea (2016). De la segunda los tratados firmados con Chile (2009) y Costa Rica (2016) así como con el tratado de libre comercio firmado con El Salvador, Guatemala y Honduras (2009) y el Acuerdo comercial de la Alianza del Pacífico celebrado con Perú, Chile y México (2015). Por lo que hace a los tratados de protección de inversiones, pertenecen todos a la categoría heterogénea ya que han sido acordados con la Confederación Suiza (2009), la República Popular China (2012), la República de la India (2012), el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (2012) y Japón (2015).

³ Véase sobre esta fórmula Acosta Alvarado, Paola Andrea, “Zombis vs. Frankenstein: Sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno”, *Estudios Constitucionales*, año 14, núm. 1, 2016, pp. 15-60.

Con el foco puesto sobre dicha cláusula, los apartados que vienen luego, se ocupan de examinar los procedimientos de aprobación legislativa y de control de constitucionalidad de los tratados seleccionados que incluyen la cláusula⁴ (IV) y de analizarlos críticamente (V).

En la última parte del capítulo (VI) se proponen los argumentos constitucionales por los cuales resulta indispensable (y urgente) considerar reformas normativas o en el ejercicio de las competencias a que tales procedimientos responden, con las cuales sea posible armonizar el DEI con los mandatos constitucionales que definen al Estado como social y democrático de derecho y determinan, como su finalidad principal, la eficacia de los derechos humanos.⁵

II. LAS COMPETENCIAS CONSTITUCIONALES PARA LA INCORPORACIÓN DE TRATADOS EN COLOMBIA

Los tratados públicos constituyen una de las fuentes del sistema que nutre el derecho internacional público. Estos tratados son el rasgo de identidad de que los Estados contemporáneos forman parte de una comunidad abierta, comunicada, internacionalizada y globalizante. El régimen constitucional colombiano de suscripción, aprobación y refrendación de los tratados públicos se configura a partir de un conjunto de principios constitucionales, funciones y competencias que involucran a las tres ramas del poder público.

Las autoridades llamadas a actuar dentro del proceso son el presidente, el Congreso y la Corte Constitucional. El primero tiene el poder para ratificar un tratado y adquirir la obligación internacional. El legislador se encarga del control político, y la Corte Constitucional ejerce un control integral del tratado tras su aprobación como ley. Este control ocurre antes de la ratificación. A continuación se detallan estas competencias.

⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-157 de 2016, C-184 de 2016, C-620 de 2015, C-286 de 2015, C-199 de 2012, C-169 de 2012, C-123 de 2012, C-608 de 2010, C-446 de 2009, C-150 de 2009, C-031 de 2009, y C-750 de 2008.

⁵ Véase von Bogdandy, Armin, “*Ius Constitutionale Commune en América Latina: Observations on Transformative Constitutionalism*”, en von Bogdandy, Armin, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Morales Antoniazzi, Mariela y Piovesan, Flávia (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The emergence of a New Ius Commune*. Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 32-33.

1. *Las competencias del presidente*

En la Constitución de Colombia es evidente la relevancia de la autoridad presidencial, en cuyo cargo se encuentran las funciones de dirección de las relaciones internacionales para la negociación y firma de los tratados públicos.⁶ Allí se perfila una manifestación de ese rasgo característico de los sistemas políticos de América Latina, que es el “predominio, a veces desmedido, del Poder Ejecutivo frente al Poder Legislativo”.⁷

Esta posición se refuerza con la prerrogativa del presidente de “dar aplicación provisional a los tratados de naturaleza económica y comercial acordados en el ámbito de organismos internacionales, que así lo dispongan”,⁸ antes de su aprobación por el Congreso.⁹ Una atribución que, como se ha entendido, evidencia el interés del constituyente de establecer “un mecanismo ágil y eficaz, acorde con las características del manejo de la economía en el mundo moderno, que le permitiera al ejecutivo dar aplicación inmediata, aunque provisional, a tratados de naturaleza económica y comercial acordados en el ámbito de organismos internacionales, que considere de fundamental importancia para los intereses del país”.¹⁰

La función y competencias del Jefe de Estado no confieren un poder absoluto, naturalmente. Pues como se ha declarado de manera solemne por la Corte Constitucional, la sujeción a la Constitución en el ejercicio de los poderes y competencias del Estado en las relaciones internacionales, “impone a los representantes del pueblo colombiano al momento de negociar o asumir un compromiso internacional (C.P. artículo 189.2), verificar que el contenido del tratado, en lugar de poner en riesgo las instituciones esenciales de nuestro ordenamiento constitucional, promueva su desarrollo y aplicación efectiva”.¹¹

Sin embargo, al establecer los alcances del poder del presidente sobre la definición de las relaciones internacionales y sus contenidos y obligaciones, se ha reconocido que este goza de

⁶ Véase artículo 189.2 de la Constitución Política de Colombia.

⁷ Bernal Pulido, Carlos, “La democracia como principio constitucional en América Latina”, *Cuestiones constitucionales*, núm. 17, 2007, pp. 33-34.

⁸ Artículo 224 de la Constitución Política de Colombia. Continúa el precepto: “En este caso tan pronto como un tratado entre en vigor provisionalmente, deberá enviarse al Congreso para su aprobación. Si el Congreso no lo aprueba, se suspenderá la aplicación del tratado”.

⁹ Véanse artículos 4-25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

¹⁰ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-109 de 1996.

¹¹ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-644 de 2004.

plena autonomía para decidir cuándo entrar en negociaciones en torno a un determinado tema internacional del interés de Colombia, en qué oportunidad celebrar un tratado o convenio y cuáles habrán de ser los términos del mismo, sin que deba contar con la previa aquiescencia, autorización o mandato de otra rama del Poder Público.¹²

El talante discrecional de la competencia presidencial para el ejercicio de la función encomendada se potencia con la calidad de “reservada” atribuible a la información que se produce en el marco de las relaciones internacionales. Esta previsión, también visible en derecho comparado (por ejemplo, en Chile y México), ha servido para restringir el acceso a información pública y, con ella, el control ciudadano.

2. *Las competencias del Congreso de la República*

Al legislador colombiano le corresponde dictar las leyes para “[a]probar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional”.¹³ Una garantía del régimen constitucional dispuesto sobre las relaciones internacionales, por el que se pretende otorgar legitimidad democrática a las decisiones del presidente sobre los tratados suscritos.

Aun así, en contraste con lo advertido sobre el poder del presidente, la participación del Congreso de la República en el proceso de incorporación de tratados públicos se muestra discreta, tanto en la ordenación constitucional, como en su ejercicio y entendimiento jurisprudencial. El procedimiento legislativo que se debe seguir para dictar la ley de aprobación es el de una ley ordinaria, salvo ciertas especialidades de importancia más formal que material.¹⁴ No se permite así distinguir entre la discusión de tratados breves y tratados extensos o entre tratados simples y complejos.

El desarrollo legal (orgánico) de la competencia del legislador para la aprobación o desaprobación de tratados públicos consignó, como parte de las especialidades que distinguen su trámite, que “podrán presentarse propuestas de no aprobación, de aplazamiento o de reserva respecto de Tratados y Convenios Internacionales”, pero que el “texto de los Tratados no puede ser objeto de enmienda”.¹⁵

¹² Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-344 de 1995.

¹³ Véase artículo 150.16 de la Constitución Política de Colombia.

¹⁴ Debe iniciarse en la comisión segunda constitucional del Senado.

¹⁵ Véase artículo 217 de la Ley 5 de 1992.

Como podría desprenderse de su texto, tal disposición se entendió de manera que “si el Congreso puede aprobar o improbar todo un tratado, también puede hacerlo parcialmente”, al igual que aplazar su vigencia, tanto por razones de carácter constitucional como de conveniencia.¹⁶ En decisiones posteriores, se decantó la jurisprudencia según la cual “el Legislador goza de una libertad menor que en relación con las leyes ordinarias”, en el sentido de que “no puede modificar su contenido sustancial introduciendo nuevas cláusulas, pues solo puede improbar la totalidad del tratado o de ciertas reglas”.¹⁷

O sea, que por tratarse de una negociación que compete al Gobierno no le corresponde al Congreso “formular enmiendas frente al contenido tratado pues su función consiste en aprobarlo o improbarlo sin fraccionar su aceptación”.¹⁸ Es más, en los tratados multilaterales, aunque por regla general es posible introducir reservas (si no están prohibidas o son incompatibles con el tratado)¹⁹ o declaraciones interpretativas, no pueden éstas empero afectar “el objetivo y fin del tratado”.²⁰

La función de aprobar o improbar los tratados y de ejercer por tanto un control político está, por lo demás, limitada con la prohibición constitucional expresa para el Congreso y sus cámaras, de “[e]xigir al Gobierno información sobre instrucciones en materia diplomática o sobre negociaciones de carácter reservado”.²¹

En consecuencia, la colaboración armónica que representa su intervención en el proceso de autorización para la ratificación o para la incorporación de los tratados en el derecho interno consiste sustancialmente en aplicar un ritual programado para emitir una refrendación formal de las decisiones adoptadas por el presidente.

3. *Las competencias de la Corte Constitucional*

La Corte Constitucional, como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, en los “estrictos y precisos términos” dispuestos por ella, tiene

¹⁶ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-227 de 1993.

¹⁷ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-468 de 1997.

¹⁸ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-225 de 2014, C-781 de 2004 y C-127 de 2013.

¹⁹ Véase artículo 19 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969.

²⁰ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-466 de 2009.

²¹ Véase artículo 136.2 de la Constitución Política de Colombia.

la función de “[d]ecidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben”.²²

Como lo ha precisado su jurisprudencia, el control constitucional de los tratados públicos y sus leyes aprobatorias

se caracteriza por ser (i) previo al perfeccionamiento del tratado, pero posterior a la aprobación del Congreso y a la sanción gubernamental; (ii) automático, pues debe ser enviada directamente por el presidente de la República a la Corte Constitucional dentro de los seis días siguientes a la sanción gubernamental; (iii) integral, en la medida en que la Corte debe analizar tanto los aspectos formales como los materiales de la ley y el tratado, confrontándolos con todo el texto constitucional; (iv) tiene fuerza de cosa juzgada; (v) es una condición *sine qua non* para la ratificación del correspondiente acuerdo; y (vi) cumple una función preventiva, pues su finalidad es garantizar tanto la supremacía de la Constitución como el cumplimiento de los compromisos internacionales del Estado colombiano.²³

A esto puede agregarse que (vii) su trámite es participativo y (viii) faculta a la Corte para adoptar tres tipos de decisión: *a)* de constitucionalidad, con la que se autoriza al Gobierno a efectuar la ratificación, *b)* de inconstitucionalidad, lo que impide la ratificación, y *c)* en los tratados multilaterales, podrá declarar inexecutable una o varias normas, lo que determina que el presidente de la República únicamente podrá manifestar su consentimiento si formula la correspondiente reserva.

III. LA CLÁUSULA DE EXPROPIACIÓN INDIRECTA COMO FOCO DE ATENCIÓN

La expropiación indirecta es una figura construida a lo largo del siglo XX, en respuesta a las decisiones de países en desarrollo y Estados de la órbita socialista, enfiladas a transferir a manos del Estado o de grupos nacionales la propiedad de los extranjeros.²⁴ Sin embargo, con el tiempo termina por depurarse como parte de los elementos sustanciales de la responsabilidad de los Estados de derecho frente a terceros. Por esto, la definición de la figura se puede estudiar desde un sinnúmero de fuentes, en particular desde los

²² Véase artículo 241.10 de la Constitución Política de Colombia.

²³ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-468..., *cit.*, y C-863 de 2004, entre otras.

²⁴ Véase Weiner. Allen S., “Indirect Expropriation: The Need for a Taxonomy of «Legitimate» Regulatory Purposes”, *Forum du droit international*, vol. 5, núm. 3, 2003, p. 169.

laudos internacionales en donde se ha analizado como problema jurídico por resolver y en dónde se conoce qué es lo que en efecto significa. En este lugar, sin embargo, la definición se extrae del estudio de la jurisprudencia constitucional construida en torno de la revisión de los tratados objeto de la investigación. Una comprensión que sin duda puede considerarse miope y con ello arriesgada (como conducir un coche sin ver casi nada), pero que se defiende en razón del análisis que se efectúa desde el derecho constitucional.

En efecto, conforme a los análisis de la Corte Constitucional colombiana, la expropiación indirecta se ha convertido, junto con otras cláusulas, en una norma patrón de los tratados del DEI que contemplan medidas de “promoción de inversiones”, cuya finalidad es la de “proteger a los inversionistas frente a actos gubernamentales que constituyan expropiación indirecta...”.²⁵ En cuanto a su significado concreto, la expropiación indirecta, es “el resultado de una medida o serie de medidas de una Parte Contratante que tenga efecto equivalente a una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de propiedad”.²⁶ Con ella, “se trata de compensar una especie de lucro cesante de un inversionista, quien tenía expectativas de ganancia en un sector económico, las cuales se vieron frustradas por la nueva regulación”.²⁷

Una pronta revisión de las cláusulas donde se incorpora la expropiación indirecta permite identificar los siguientes elementos de su configuración jurídica:

En primer lugar, sobre las fuentes que pueden causar la expropiación indirecta, son todos los actos *regulatorios* del Estado, del legislador, del Gobierno y de la Administración pública, así como las decisiones de los jueces.²⁸ Con relación a su naturaleza jurídica, en uno de los tratados objeto de control la Corte observó que lo que protege la expropiación indirecta no es un derecho adquirido, sino “una mera expectativa”, consistente en que “una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente...”.²⁹ y, en ese caso, el Estado se halla “ante la obligación de proporcionarle al afectado un plazo razonable, así como los medios, para adaptarse a la nueva situación”.³⁰

²⁵ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-169..., *cit.*

²⁶ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-199 de 2012.

²⁷ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-750 de 2008.

²⁸ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-031..., *cit.*

²⁹ *Idem.*

³⁰ *Idem.*

La protección que ofrece opera sustancialmente a través del contenido más esencial del régimen constitucional de la propiedad, a saber, el derecho a la indemnización en caso expropiación.³¹ Lo que constituye el hecho dañino es la reducción de los retornos o rendimientos que justificaron en su conjunto la operación del inversionista en el mercado nacional. Estos se ven disminuidos producto de la evidente interferencia en el uso, goce y disposición del capital y los bienes asignados a la actividad económica.³²

La expropiación indirecta empero no se concreta por mandato del tratado, sino que en él se fundamenta su existencia. Esta se debe acreditar por el interesado, lo que requiere “de una investigación factual, caso por caso”.³³ Durante el proceso respectivo, el juez competente debe comprobar, entre otras cosas, a los siguientes factores:

- (i) el impacto económico del acto gubernamental, aunque el hecho de que un acto o una serie de actos de una Parte tenga un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, por sí solo, no establece que una expropiación indirecta haya ocurrido; (ii) la medida en la cual la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables de la inversión; y (iii) el carácter de la acción gubernamental.³⁴

En cuanto a la indemnización, y la tasación de la misma:

- (i) deberá ser pagada sin demora; (ii) ser equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la medida expropiatoria sea llevada a cabo; (iii) no reflejar ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de la expropiación; y (iv) ser completamente liquidable y libremente transferible.³⁵

Y también se ha admitido que: “(v) El monto de compensación deberá incluir intereses a una tasa comercial normal desde la fecha de desposesión hasta la

³¹ Santaella Quintero, Héctor, “Notas sobre el concepto y la garantía de la propiedad privada en la Constitución colombiana”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 21, julio-diciembre de 2011, p. 25.

³² Stephenson, Andrew y Carroll, Lee, *Protecting Foreign Investments by using Bilateral Investment Treaties*, Melbourne, 2012, disponible en: <https://www.corrs.com.au/assets/thinking/downloads/Protecting-foreign-investments-by-using-bi-lateral-investment-treaties.pdf>.

³³ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-446..., *cit.*

³⁴ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-031..., *cit.*; C-750..., *cit.*; C-446..., *cit.*; C-608..., *cit.*; C-169..., *cit.*; C-620..., *cit.*; C-157..., *cit.*; C-184..., *cit.*; y C-199..., *cit.*

³⁵ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-031..., *cit.*, y C-608..., *cit.*

fecha de pago... ser acordado en una moneda libre de conversión... ser pagado sin demora y ser libremente transferible”.³⁶

El tipo de juicio que debe aplicar el juez competente para definir la existencia de la expropiación indirecta y la indemnización por pagar, “debe hacerse de manera estricta, previo cumplimiento de absolutamente todas las condiciones y supuestos establecidos en el tratado internacional, so pena de atentar contra las facultades regulatorias estatales y la preservación del interés general”.³⁷

La delimitación de la figura se completa con los supuestos previstos en los tratados para excluir la configuración de expropiación indirecta, respecto de ciertas acciones gubernamentales. Esto es, con “el cuidado de excluir los actos regulatorios no discriminatorios estatales dirigidos a proteger intereses legítimos”.³⁸ Así, cuando se establece como norma tipo en todos los tratados, que “[s]alvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente”.³⁹ Dicha lista de objetivos legítimos no es exhaustiva,⁴⁰ y por tanto puede incluir otros actos.

No se pasa por alto que lo que la cláusula garantiza no es del todo ajeno a lo que protegen figuras del derecho de la responsabilidad contractual del Estado,⁴¹ recogidas por la jurisprudencia contenciosa administrativa y desde lo previsto en la Constitución según lo cual “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.⁴²

La valoración de las similitudes y diferencias entre la una y las otras no es objeto de este análisis, lo que no oculta la trascendencia de la cláusula de expropiación indirecta como norma del DEI, que al ser introducida en el ordenamiento jurídico interno puede, más allá de reforzar las muchas (e

³⁶ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-150..., *cit.*

³⁷ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-031..., *cit.*; C-620..., *cit.*; C-157..., *cit.*; C-184..., *cit.*, y C-169..., *cit.*

³⁸ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-169..., *cit.*

³⁹ Desde el TLC con Estados Unidos (C-750 de 2008) al TLC con Corea (C-184 de 2016).

⁴⁰ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-031..., *cit.*; C-608..., *cit.*; C-169..., *cit.*, y C-620..., *cit.*

⁴¹ Conocidas desde el derecho francés como “el hecho del príncipe” y la teoría de “la imprevisión”. Véase al respecto De Laubadere, André *et al.*, *Traité des Contrats Administratifs*, 2a. ed., t. 1, París, L.G.D.J., 1983, p. 717; Bercaitz, Miguel Ángel, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1952, p. 329.

⁴² Véase artículo 90, inciso 1º de la Constitución Política de Colombia.

inagotables) formas de la responsabilidad estatal, representar una alteración (seria) de derechos e instituciones constitucionales, al salvaguardar y vaya de qué manera, las expectativas de utilidad y seguridad jurídica de los inversionistas extranjeros. Por esto resulta ser un ingrediente normativo cuya recepción admite el estudio constitucional propuesto.

IV. EL EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS DEL LEGISLADOR Y DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN EL ESTUDIO DE LA CLÁUSULA DE EXPROPIACIÓN INDIRECTA DE LOS TRATADOS DEL DEI

Conocido el significado y alcance de la expropiación indirecta como cláusula de los tratados del DEI objeto de estudio, corresponde ahora revisar cómo operaron las competencias ejercidas por el Congreso de la República y por la Corte Constitucional, sin incluir estudio alguno sobre el proceso de negociación adelantado por el presidente.

1. *La (nula) discusión en el Congreso*

Los debates legislativos que antecedieron la aprobación mediante leyes de los doce TLC y TBI no se distinguieron por desarrollar un procedimiento de incorporación con debates complejos y análisis específicos. El trámite de los procesos varió, en algunos casos siendo muy veloz,⁴³ en otros casos de un tiempo intermedio⁴⁴ y en los demás con el transcurso de un tiempo más bien extenso.⁴⁵ En dos casos tuvieron lugar sesiones de votación conjunta de

⁴³ La discusión de la ley aprobatoria del TLC con Estados Unidos tomó tan sólo tres meses comprendidos dentro de una misma legislatura. La ley por la que se aprobó el TLC con El Salvador, Guatemala y Honduras se debatió en el término de algo más de tres meses. La discusión del proyecto de ley por el cual se incorporó el TLC con Corea tardó menos de tres meses. En el proyecto de ley que incorporó el TLC con Canadá, tomó menos de siete meses, y dos legislaturas.

⁴⁴ La discusión del proyecto de ley que aprobaba el TBI con China tomó dos legislaturas, en un lapso de 10 meses. Para el caso de la ley que aprobó el TBI con el Reino Unido, su trámite tomó trece meses, tres legislaturas. Los debates para aprobar el proyecto de ley contentivo del TBI con la India tuvieron lugar en el lapso de un año.

⁴⁵ El trámite del proyecto de ley aprobatoria del TLC con Costa Rica, desde su radicación hasta su aprobación en plenarios, tardó poco menos de catorce meses. Quince meses fue tiempo que tomó la aprobación del proyecto de ley que incorporó el Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico. En el caso del proyecto de TLC con Chile, su trámite tardó tres legislaturas sucedidas durante 16 meses. Los debates del proyecto de ley por el cual se aprobó el TBI con Suiza tuvieron lugar durante tres legislaturas comprendidas en

comisiones,⁴⁶ y en uno de ellos, así lo fue de las plenarias de Senado de la República y Cámara.⁴⁷

Sin embargo, lo que más se destaca es el hecho de que en once de ellos no se discutió en absoluto el significado y consecuencias que la cláusula de expropiación indirecta iba a tener en el derecho colombiano. Solo durante el trámite de la Ley 1143 de 2007, que aprobó el TLC con Estados Unidos, en una de las ponencias se hizo referencia de manera expresa a la expropiación indirecta, para retomar en sustancia lo dicho al respecto por el Gobierno en defensa de la misma, dada la forma en que se contempla y las garantías y restricciones que la acotan.

En la mayoría de ponencias presentadas para el debate y aprobación de los tratados, se alude al contenido del instrumento internacional de manera muy general. No se profundiza en mayor medida en el contenido de las disposiciones. En todos los casos el proceso legislativo terminó por incorporar la cláusula en el derecho interno, con la votación aprobatoria de amplias mayorías.⁴⁸ La aprobación de los tratados que contienen dicha cláusula se produce entonces sin debate parlamentario y sin control político.

2. *El auto-limitado control de constitucionalidad*

A. *La participación*

El proceso del control de constitucionalidad ejercido por la Corte Constitucional sobre la ley aprobatoria y los tratados incorporados es participativo. Como arriba se apuntó, así se establece en la Constitución como una garantía para mejorar el control ejercido mediante las intervenciones de la ciudadanía, los grupos de interés y los *amicus curiae*.

Con relación a la cláusula bajo estudio, la participación no ha sido un elemento relevante porque solamente durante el proceso de control de constitucionalidad del TLC con Estados Unidos se presentaron dieciséis intervenciones de organizaciones sociales y ocho de personas naturales.

un periodo de 19 meses. Y con relación al proyecto de ley que aprobó el TBI con Japón, su discusión en cuatro debates tomó tres legislaturas que tuvieron lugar en el lapso de 20 meses.

⁴⁶ Proyectos de ley aprobatorios del TLC con Corea y del Protocolo adicional del acuerdo marco de la Alianza del Pacífico.

⁴⁷ Proyecto de ley aprobatoria del TLC con Estados Unidos.

⁴⁸ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-446..., *cit.*; C-123..., *cit.* y C-184..., *cit.*

Apenas dos de ellas se refirieron a la expropiación indirecta, una del senador de la República Jorge Robledo y otra del Centro de Estudios “Dejusticia”. Ambas solicitaban la inconstitucionalidad de la cláusula, por trato desigual y por restricción del poder de regulación del Estado.

En los demás casos analizados, aunque en casi todos ellos se presentaron intervenciones, en ninguna se plantearon observaciones concretas sobre la expropiación indirecta.

B. *La constitucionalidad de la figura desde la ratio decidendi*

Sobre la cláusula de expropiación indirecta y la obligación de “conjurar los menoscabos patrimoniales que provocan para el inversor ciertas medidas estatales que no conllevan una pérdida de titularidad del dominio”,⁴⁹ ambas previstas en los tratados objeto de investigación, la conclusión común de las sentencias es que son constitucionales. En efecto, “la expropiación indirecta por actos gubernamentales hace parte del marco constitucional del artículo 58, al confirmar la garantía de la propiedad privada aplicable sin discriminación a nacionales y extranjeros”.⁵⁰ Es decir, esta cláusula se aviene a dicho precepto constitucional.⁵¹

Es constitucional también al aceptar que las piezas que conforman la figura en el tratado “son razonables, conformes con los postulados de la confianza legítima, y no limitan de manera desproporcionada las competencias regulatorias estatales en temas sensibles como la salud pública, el medio ambiente y la seguridad”.⁵² El principio de confianza legítima constituye la obligación para las autoridades públicas, “de preservar un comportamiento consecuente, no contradictorio frente a los particulares, surgido en un acto o acciones anteriores, incluso ilegales, salvo interés público imperioso contrario...”. Con ello se busca, “que el particular debe ser protegido frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas”.⁵³

⁴⁹ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-184..., *cit.*

⁵⁰ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-750..., *cit.*

⁵¹ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-123..., *cit.*

⁵² Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-031..., *cit.*

⁵³ *Idem.*

C. *La cosa juzgada constitucional*

Las sentencias que abordaron los tratados objeto de estudio ofrecen una novedad en la doctrina constitucional sobre la cosa juzgada, cuando la Corte Constitucional desarrolla los conceptos de cosa juzgada *a priori* por control abstracto, cosa juzgada *prima facie*,⁵⁴ y de la valoración que adquieren las condiciones económicas de la época de suscripción del tratado.⁵⁵

a. Control abstracto y la cosa juzgada *a priori*

Desde la primera sentencia objeto de la muestra que trató la figura,⁵⁶ la Corte Constitucional advirtió que la constitucionalidad que se reconoce al TLC con Estados Unidos es *a priori*. Este carácter es resultado de incluir dentro del juicio la consideración de las condiciones en que se aplica el control previo, abstracto e integral de constitucionalidad.

El control sobre los tratados públicos, opera en “la ausencia de elementos fácticos, de aplicación concreta, lo cual le impide a la Corte tomar una decisión plena con todos los elementos de juicio”.⁵⁷ Por esto, se establece que “la efectiva adecuación” del tratado con la Constitución “se verificará en la práctica”.⁵⁸

A partir de allí, en general, se acepta que la solución de los problemas estrictamente técnicos y operativos que resulten de la aplicación de un TLC, “especialmente, en lo referente a la protección de los derechos fundamentales y colectivos”, escapan “al ámbito del control abstracto de constitucionalidad”. Su defensa en cambio “se puede obtener mediante el ejercicio de las otras acciones constitucionales reconocidas en la Carta Fundamental”.⁵⁹

También se ha venido a admitir que la competencia de control de constitucionalidad abstracto sobre las leyes, previa la interposición de una demanda admisible, se activa de nuevo cuando en estas últimas se concretan

⁵⁴ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-774 de 2001, C-310 de 2002, C-004 de 2003, C-1122 de 2004, y C-469 de 2008.

⁵⁵ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-150..., *cit.*; C-123..., *cit.*; C-169..., *cit.*; C-199..., *cit.*, y C-286 de 2015.

⁵⁶ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-750..., *cit.*

⁵⁷ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-031..., *cit.*

⁵⁸ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-031..., *cit.*, y C-941 de 2010.

⁵⁹ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-864 de 2006; C-608..., *cit.*; C-446..., *cit.*; C-031..., *cit.*, y C-750..., *cit.*

elementos normativos de los tratados. “Quiere ello decir, que la Corte se reserva su competencia para examinar toda ley que desarrolle las cláusulas contenidas en un Acuerdo de Libre Comercio, sin que se pueda alegar la operancia del fenómeno de la cosa juzgada constitucional”.⁶⁰

Y para más luces, la Corte

concluye y precisa que, la declaratoria de exequibilidad de un tratado internacional de comercio, no afecta (i) la existencia y vigencia plena de competencias normativas del Congreso y del Ejecutivo; (ii) la aplicación, en casos concretos, del bloque de constitucionalidad queda intacta; y (iii) la eventual procedencia de alcance de las acciones constitucionales. Un tratado de libre comercio no puede llevar al vaciamiento o desconocimiento de las competencias de los órganos judiciales que propenden por la defensa de los derechos fundamentales. De hecho, no se puede olvidar que un tratado internacional de libre comercio no es más que una ley, y por ende, debe ser interpretada y aplicada de conformidad con la Constitución.⁶¹

En desarrollo de lo anterior, se distingue entre las normas jurídicas que se derivan de los tratados. En el caso de las “normas *non-self-executing*”, por lo demás comunes a los tratados públicos y cuyos efectos en el ordenamiento interno “requieran del correspondiente desarrollo normativo”, la aplicación del tratado se produce por vía de las “normas con rango legal o reglamentario” necesarias para su debida ejecución interna. De allí que la corrección *a posteriori* del juicio de constitucionalidad previo procede, pero frente a dichas nuevas normas jurídicas derivadas, donde su validez y conformidad con el orden jurídico superior podrán establecerse a partir de las correspondientes acciones judiciales con las que cuenten.⁶²

Otro es el caso de las normas “*self-executing*”, esto es, las que no requieren “de una legislación interna para surtir efectos” y pueden “crear directamente derechos y obligaciones en cabeza de los particulares”, así como ser “invocables ante los tribunales nacionales”.⁶³ Como sus normas se aplican directamente, la revisión de constitucionalidad definitiva procede *a posteriori* y es ejercida por otros operadores jurídicos como la administración

⁶⁰ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-031..., *cit.*

⁶¹ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-031..., *cit.*; C-248..., *cit.*, y C-608..., *cit.*

⁶² Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-031..., *cit.*

⁶³ Según la definición que trae la sentencia, tomada de Riesenfeld, Stefan A. y Abbot, Frederick, “The Scope of U.S. Senate Control Over the Conclusion and Operation of Treaties”, en Riesenfeld, Stefan (ed.), *Parliamentary Participation in the Making and Operation of Treaties: A Comparative Study*, Países Bajos, Nijhoff, 1994, pp. 571-643.

o los jueces. A ellos corresponde entender la norma del tratado por aplicar “atendiendo el principio de interpretación conforme a la Constitución” y a partir de la misma eliminar sus efectos inconstitucionales, sin que por esa vía pueda “llevar al vaciamiento o desconocimiento de las competencias de los órganos judiciales [nacionales y supranacionales] que propenden por la defensa de los derechos fundamentales”.⁶⁴

No se trata, pues, de competencias nuevas o no existentes, sino de reconocer en ellas el poder para incidir en la constitucionalización del alcance normativo de un tratado económico que hace parte ya del ordenamiento jurídico colombiano; es decir, que en sus desarrollos legales y reglamentarios posteriores⁶⁵ o en la aplicación de sus normas “*self-executing*”⁶⁶ dichos tratados podrán ser controlados por los jueces, tras el ejercicio de las acciones pertinentes, en caso de representar una vulneración de la Constitución.

b. Cosa juzgada prima facie

Esta categoría de cosa juzgada se ha venido decantando por la Corte Constitucional cuando se ha interrogado si los acuerdos internacionales bajo análisis han debido agotar el procedimiento de la consulta previa previsto como derecho fundamental colectivo de las comunidades indígenas y afrocolombianas.

Al respecto ha venido reiterando que los mismos no requieren adelantar

la consulta previa del Acuerdo a las comunidades indígenas y tribales, por cuanto las normas [del Acuerdo de Libre Comercio en cuestión] han sido expedidas de manera uniforme para la generalidad de los colombianos, y no contienen disposiciones que afecten a estos grupos de manera específica y directa en su calidad de tales...⁶⁷

Con todo, el juez constitucional ha recalcado también que cuando “las disposiciones de orden legislativo o administrativo que se expidan en desarrollo y aplicación del Acuerdo” lo requieran, deben surtir la respectiva consulta “si alguna de ellas es susceptible de afectarles de manera específica y directa”,⁶⁸ pues “de lo contrario quedaría viciada de inconstitucionalidad”.⁶⁹

⁶⁴ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-941..., *cit.*

⁶⁵ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-031..., *cit.*

⁶⁶ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-941..., *cit.*

⁶⁷ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-750..., *cit.*

⁶⁸ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-750..., *cit.*; C-608..., *cit.*, y C-157..., *cit.*

⁶⁹ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-184..., *cit.*

c. La cosa juzgada y el contexto económico que enmarca la suscripción de los tratados

En algunas de las sentencias objeto de estudio igualmente se ha reconocido el valor de la realidad económica del momento de suscribir el tratado comercial o de su aplicación, como ingrediente que puede determinar los efectos de la constitucionalidad declarada. Por una parte, la Corte Constitucional ha afirmado que la cosa juzgada es *a priori* también porque debe considerarse en el contexto de realidad que enmarca la suscripción de los tratados comerciales. Ello en tanto que las circunstancias económicas existentes al momento de negociar los instrumentos internacionales de comercio “pueden cambiar drásticamente, afectando el equilibrio primigenio entre las obligaciones y los deberes asumidos entre los contratantes, e incluso, comprometiendo el cumplimiento del tratado”.⁷⁰

Esto último para precisar que

en el derecho interno, la declaratoria de exequibilidad del tratado internacional se funda igualmente en un examen apriorístico acerca de los contenidos y alcances de las cláusulas convencionales, juicio que puede cambiar conforme se perciban, con el tiempo, los efectos prácticos de la aplicación del instrumento internacional, siendo posible constatar, por el juez constitucional, la eventual existencia de esos cambios fundamentales en las circunstancias que afectan la eficacia del tratado internacional.⁷¹

Por otro lado, esto ha servido para complementar los elementos de análisis que debe incluir el juez constitucional al estudiar los tratados en cuestión. Pues “la conformidad del tratado internacional con la Constitución dependerá no solo de la ausencia de contradicciones normativas entre el primero y la segunda, sino de la preservación fáctica de los grandes equilibrios alcanzados inicialmente por las Partes contratantes”.⁷²

Bajo estos últimos supuestos, en una decisión posterior se afirmó con total nitidez que, no obstante “la conveniencia y tecnicidad en que se mueve la celebración de acuerdos de liberación comercial”, que no hacen parte del objeto de control de constitucionalidad, el estudio de la Corte “...no puede limitarse a una función notarial, sino que debe partir de apreciar las razones que llevaron al Gobierno a su negociación, los estudios empíricos

⁷⁰ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-750..., *cit.*, y C-031..., *cit.*

⁷¹ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-031..., *cit.*

⁷² Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-941..., *cit.*; C-031..., *cit.*, y C-608..., *cit.*

que soportan su necesidad, los beneficios que representa para el país una vez efectuado el balance integral de las ventajas y desventajas”. Esto, además de otras medidas acreditadas, sirve para determinar que el tratado no se ha celebrado de manera improvisada, sino que es producto de un diseño de ordenación económica oportuno y completo.⁷³

Esta tarea cobra más significado cuando se trata de estudiar acuerdos comerciales suscritos “con países de mayor nivel de desarrollo o economías más fuertes”. Pues al implicar como se ha dicho “*prima facie* un control judicial más estricto o riguroso por la Corte, al comprometer la denominada «Constitución económica»”, esto significa que “el proceso de negociación comercial debe estar precedido de las mayores precauciones, salvaguardas y excepciones por el Gobierno, previendo mecanismos de ayudas a los sectores que se muestren más sensibles o requieren de una mayor atención, principalmente cuando comprometen la población vulnerable”.⁷⁴

La realidad es entonces una fuente que refuerza el control constitucional porque puede alterar la constitucionalidad *a priori* atribuida a los tratados y complementar el juicio de constitucionalidad, que no opera solo sobre sus normas sino también sobre los supuestos fácticos en que se fundan.

d. Los efectos de cosa juzgada constitucional de las sentencias

La anterior doctrina constitucional, sin embargo, apenas se empleó al definir los efectos de la cosa juzgada de las sentencias en donde se formuló. La aplicación concreta de estos singulares conceptos de cosa juzgada solo se verifica en uno de los casos estudiados, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de la cláusula de expropiación indirecta.

Así, la Corte Constitucional encuentra que las piezas normativas que configuran dicha cláusula son “razonables, ajustadas a los postulados de la confianza legítima que no limitan de manera desproporcionada las competencias regulatorias estatales en la medida en que las excepciones se fundan en el cumplimiento y garantía de los fines del Estado y del interés general. Por consiguiente, no se consideran *prima facie*, contrarias a la Constitución”.⁷⁵

La cosa juzgada *a priori* se formula para otro tipo de cláusulas, concretamente “las reglas de eliminación gradual de aranceles”.⁷⁶ Y la cosa juzgada *prima facie* se aplica al determinar que los tratados no afectan de forma di-

⁷³ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-620..., *cit.*

⁷⁴ *Idem.*

⁷⁵ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-446..., *cit.*

⁷⁶ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-157..., *cit.*, y C-184..., *cit.*

recta los derechos de los pueblos indígenas.⁷⁷ En las restantes decisiones, los efectos de cosa juzgada previstos no se emplean para delimitar su alcance, ni el de la cláusula de expropiación indirecta ni de otras obligaciones o garantías incluidas en los tratados bajo estudio.

En algunos casos, la Corte analizó la información remitida para confirmar que la realidad económica del tiempo en que se negociaron no se había alterado al punto de afectar el equilibrio estimado entre las obligaciones y los deberes asumidos por las partes.⁷⁸ Sin embargo, no utilizó en el estudio de ningún tratado la cosa juzgada *a priori* para advertir que el cambio drástico de las condiciones económicas en un futuro podría alterar la constitucionalidad del tratado o de alguna de sus cláusulas.

De modo que la cosa juzgada *prima facie* y *a priori* fueron llamativos dichos de paso que alertan sobre el alcance del control de constitucionalidad de tratados del DEI y la protección de la supremacía constitucional durante la aplicación del tratado en el tiempo. Pero no se aplicaron y, en consecuencia, no generaron reservas ni salvedades ni advertencias frente a las obligaciones derivadas del tratado y de sus cláusulas específicas.

V. ANÁLISIS CRÍTICO DEL EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS CONSTITUCIONALES PARA LA INCORPORACIÓN DE LOS TRATADOS PÚBLICOS QUE INCLUYEN LA CLÁUSULA DE EXPROPIACIÓN INDIRECTA

La descripción que antecede reclama un análisis crítico constitucional, tanto del poder reconocido al Jefe de Estado, como de la función que cumplen el Poder Legislativo y la Corte Constitucional. Esta será la base para enunciar las reformas o alternativas de interpretación que hagan posible que las competencias constitucionales para la incorporación de tratados públicos puedan ser instrumentos para la correcta articulación entre el DEI y los imperativos humanistas del constitucionalismo transformador.

1. *¿Un poder presidencial omnímodo?*

Esta investigación no ha incluido el estudio sobre la negociación de la cláusula de expropiación indirecta por parte del Estado colombiano durante el proceso previo a la firma de los tratados públicos que la contienen. Con todo,

⁷⁷ *Idem.*

⁷⁸ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-031..., *cit.*, y C-608..., *cit.*

es posible que este componente del estudio no se hubiera podido adelantar porque, como se ha visto, la información asociada a las relaciones internacionales tiene el carácter de información reservada.

Esta prerrogativa, a pesar de su amplio reconocimiento como propia y necesaria para el correcto manejo de las relaciones internacionales, no deja de ser cuestionable en un Estado constitucional. Y no lo deja de ser porque con ella se restringe ni más ni menos que el acceso a la información que da cuenta del ejercicio de una competencia presidencial cada vez más incisiva y determinante para la vida de los ciudadanos: ¿qué intereses, qué supuestos, qué acuerdos, qué concesiones y qué contraprestaciones precedieron a la firma del tratado y cómo quedan en definitiva los intereses nacionales que se representan?

Ello hace predecible la escasa argumentación con que el juez constitucional ha establecido la exequibilidad de las distintas disposiciones legales que establecen el carácter reservado de la información que hace parte de las negociaciones internacionales. No se explica por qué la confidencialidad es necesaria para el ejercicio de la función del presidente. No se exponen cuáles son los fines e intereses que con ello se protegen, ni cuáles son los peligros en los que se puede incurrir de no existir la reserva. No se aplica un control de constitucionalidad intenso, aunque se esté determinando así una limitación a derechos fundamentales/humanos de tanto valor como el derecho de petición o el derecho a la información pública.⁷⁹

También cabe poner en discusión la prohibición constitucional a las cámaras del Poder Legislativo para exigir al Gobierno información relacionada con instrucciones en materia diplomática o sobre negociaciones de carácter reservado,⁸⁰ cuando dicha información puede fundamentar las bases de un completo control político tan cuidadoso como el que reclaman los tratados del DEI. Se obstaculiza por lo tanto el control ciudadano y el control político.

Por ello, un primer hallazgo de la investigación, al menos en su ámbito normativo, es que la competencia constitucional atribuida al Jefe de Estado para establecer relaciones internacionales y suscribir tratados, se garantiza como un poder prácticamente omnímodo. Un poder sin controles, de configuración presidencial, del que depende por completo la aceptación de obligaciones con las que poco a poco se estructuran los mercados y el orden económico y social colombianos. Dicho modelo no es apto para facilitar

⁷⁹ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-951 de 2014.

⁸⁰ Véase artículo 136.2 de la Constitución Política de Colombia.

la coherencia entre los incentivos y garantías para los inversionistas y las medidas de bienestar progresivo y de eficacia de los derechos humanos.

2. *La función legislativa de control político desvirtuada*

No hay sorpresa al constatar la debilidad del control político ejercido por el legislador en el proceso de aprobación de los tratados del DEI que incorporan la cláusula de la expropiación indirecta. Esta última se produjo, como se ha visto, sin mediar discusión política y representativa con la que se pudiera verificar si con las obligaciones para el Estado que de ella se derivan se garantiza el bien común y la justicia que deben inspirar las decisiones del Congreso de la República.⁸¹

Aquí vuelven a ser relevantes los límites constitucionales, legales y jurisprudenciales que se han previsto para contener el poder de control político sobre los tratados o que han servido a tal propósito. A estos ingredientes jurídicos se suman las conocidas restricciones o debilidades del apoyo técnico del Congreso de la República, además del sentimiento parlamentario de ausencia de poder. Un procedimiento legislativo sin diferencia del de las leyes ordinarias, la ineficacia de los mecanismos de participación y la inexistencia de un sistema político de rendición de cuentas completan el conjunto de elementos que juegan en contra de que el Congreso de la República cumpla la función que le corresponde dentro del Estado democrático en cuyo nombre se ha firmado el tratado respectivo.

La restricción material al poder de formular reservas, aún sin enmendar el acuerdo, basada en el carácter compacto de los acuerdos tipo en materia de inversiones, cierra las opciones del Congreso para actuar. Conduce a la aprobación en su conjunto o a la desaprobación. Esta facultad de inaprobar el tratado, empero, resulta excesivamente costosa en términos políticos y de legitimidad para el legislador, tanto más en cuanto no puede acceder a la información sobre la negociación, con lo que no parece razonable adoptar una determinación sin duda tan invasiva del poder presidencial de dirección de las relaciones económicas internacionales.

Bajo tales supuestos, la refrendación política se torna en innecesaria por ineficiente, carente de resultados. Esto es un segundo hallazgo según el cual, por las premisas jurídicas y fácticas, no existen condiciones para esperar que el Poder Legislativo ejerza, en el marco de su competencia vacía, un control político por el cual se cumpla con la Constitución, y por esa vía se

⁸¹ Véase artículo 133 de la Constitución Política de Colombia.

puedan hacer compatibles las cláusulas de protección a los inversionistas con los fines de bienestar, desarrollo, prosperidad y mejora para asegurar la dignidad humana de los ciudadanos.

3. *Las vicisitudes de la jurisprudencia constitucional*

Las sentencias en las que se estudió la cláusula de expropiación indirecta de los tratados del DEI objeto de estudio se han construido, por una parte, con jurisprudencia que constituye una ruptura de la dogmática constitucional, y por otra, con una jurisprudencia absurda.

A. *Ruptura en la dogmática y mutaciones constitucionales*

La jurisprudencia fijada al revisar la expropiación indirecta no consideró el efecto neutralizador que esta posee sobre el poder regulador del Estado, así como el efecto de mutación o afectación de bienes constitucionales.

Por una parte, se configura con ella una tensión entre las facultades regulatorias estatales encaminadas al aseguramiento de intereses generales legítimos, por un lado, y la protección de la propiedad privada y del principio de la confianza legítima, derivado del principio de la buena fe del inversionista, por el otro. Pues generar el efecto de expropiación indirecta significa al mismo tiempo incumplir con una obligación internacional asumida y cumplir con un mandato constitucional exigible. O cumplir con la obligación del derecho internacional de las inversiones equivale a reducir los ámbitos de protección de los derechos humanos vinculantes desde el derecho interno y desde el derecho internacional de los derechos humanos. Dicha tensión tenderá a resolverse en favor los intereses particulares de los inversionistas.

De otra parte, produce variadas mutaciones constitucionales, como las siguientes:

- 1) La prevalencia del interés general sobre el particular, que es fundamento del Estado social de derecho y de la función de los poderes públicos, se trasmuta en todo lo contrario, para que prime el interés económico particular, bien en forma de impedir que lo primero se concrete a través de las normas de intervención, o bien cuando de hacerlo genere el derecho a una indemnización que compense integralmente la pérdida efectiva y cierta de las ganancias esperadas.

- 2) Se atribuye, sin análisis, un valor inusitado a la utilidad esperada, a través de seguridad jurídica y de derechos de propiedad, que beneficia a los inversionistas.
- 3) Al justificar la figura en el derecho de propiedad, transforma una posición jurídica de libertad de proyectarse económicamente, el clásico *animus lucri faciendi*, en una posición jurídica de garantía y de derecho a la ganancia, que se justifica en sí misma y se protege con estabilidad jurídica o con indemnización. Ello resulta en un privilegio para el inversionista extranjero, donde sus meras expectativas van poco a poco decantando en expectativa legítima, que finalmente pueden convertirse en derecho adquirido, derecho de propiedad sobre ese lucro esperado y que dio fundamento a la inversión en su conjunto. Este derecho, de no poderse garantizar por la regulación o intervención del Estado, da lugar a expropiación y a la indemnización equivalente.

No hay duda alguna de que el inversionista pierde lo que ha invertido si no puede hacer uso de los permisos que atribuye una licencia. La expropiación indirecta incluye eso y lo que se iba definitivamente a tener como utilidad, pues esos son los cálculos que resultan de la aplicación de los criterios con que se fija la indemnización cuando la figura se prueba. Pero también pierde la sociedad en general cuando no se dictan medidas que favorecen la protección de los derechos porque causan la expropiación indirecta, pues se cierran las opciones de materialización en términos de prohibiciones, prestaciones, derechos o libertades específicas.

Con la inadvertencia de la Corte Constitucional sobre el significado de la cláusula, la regla de derecho que se crea altera de manera notoria el derecho-principio de igualdad material, que viene a operar ya no en favor de sujetos en condición de vulnerabilidad manifiesta,⁸² sino respecto de extranjeros titulares de grandes capitales.

Y si se trata de fortalecer la economía de mercado, el silencio de la Corte desatiende cómo la aplicación de la medida discriminatoria positiva en favor de los inversionistas extranjeros, cobijados por el tratado que incluye la cláusula, comporta una restricción cierta de la libre competencia de los actores económicos no amparados por ella y que son sustancialmente los nacionales.⁸³ Por lo tanto se produce una restricción de la competencia, de las oportunidades del mercado y de los derechos de libertad de los consumi-

⁸² Véase artículo 13 de la Constitución Política de Colombia.

⁸³ Véase artículo 333 de la Constitución Política de Colombia.

dores. Ningún reflejo allí del mercado constitucional pluralista e incluyente del que habla Häberle.⁸⁴

Con la jurisprudencia constitucional revisada también, implícitamente, se admite que el bienestar colectivo, la progresividad de los derechos sociales y la distribución equitativa de las oportunidades del desarrollo⁸⁵ dejen de ser considerados como fines del Estado social de derecho, para convertirse en cargas, causa de responsabilidad internacional del Estado o propósitos indeseables, en cuanto su realización represente despojo de unos beneficios económicos seriamente calculados.

Es cierto que el juez constitucional valora la importancia de las excepciones o regulaciones que no pueden dar lugar al reclamo de expropiación indirecta, previstas en los tratados. Empero, algunos razonamientos que ofrece a su respecto son oscuros. Así ocurrió al verificar los elementos comunes entre la expropiación directa e indirecta, donde observó que en ambos casos deben: (i) tener por causa la utilidad pública o el interés social, (ii) aplicarse de manera no discriminatoria, pero además (iii) debe mediar “un pago pronto, adecuado y efectivo de la indemnización”, previo el cumplimiento de un procedimiento en el que (iv) “se respete el debido proceso”.⁸⁶ De este modo, reconoce que también frente a los actos que estén dirigidos a proteger los bienes jurídicos exceptuados corresponde pagar una compensación.

Tampoco ahondó en la forma en que la violación del principio de la buena fe podría ser, como se dijo, la base para reconocer la expropiación indirecta en los casos exceptuados⁸⁷ o en el alcance de esas “circunstancias excepcionales” en las que ni siquiera “objetivos legítimos de bienestar público”, tales como “la salud pública, la seguridad y el medioambiente”,⁸⁸ excluyen la ocurrencia de la expropiación indirecta y el deber de indemnizar por parte del Estado.

Un vacío que resulta aún más preocupante cuando, en el estudio del TBI con China, la Corte precisa sobre las “excepcionales circunstancias”,

⁸⁴ Häberle, Peter, “Siete tesis para una teoría constitucional del mercado”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, núm. 21, 2008, pp. 23-42, disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222942003>; véase asimismo Miccú, Roberto, “El mercado en la doctrina de la Constitución como ciencia de la cultura: las aportaciones de Peter Haberle”, *Revista de Derecho de Constitucional Europeo*, núm. 13, 2010, pp. 165-188.

⁸⁵ Véase Constitución Política de Colombia (artículos 2 y 334).

⁸⁶ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-031..., *cit.*; C-608..., *cit.*; C-150..., *cit.*, y C-951...*cit.*

⁸⁷ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-446..., *cit.*

⁸⁸ *Idem.*

que estas entre otras se producen, “cuando dicha medida o serie de medidas son demasiado severas con respecto a sus fines”, de modo que “estas no pueden ser razonablemente consideradas como adoptadas y aplicadas de buena fe”.⁸⁹ Es decir, que tales circunstancias por fuera de lo normal se constituyen desde lo normal, esto es, desde los elementos que permiten, en los casos no exceptuados, la configuración de la expropiación indirecta. O cuando recoge como ejemplos de la expropiación indirecta y del daño y la obligación de indemnizar por parte de los Estados demandados pronunciamientos de tribunales de arbitraje sobre asuntos que cabrían dentro de las excepciones. A saber, la “declaración de zona protegida para la conservación de una especie de vegetal desértica, unida al no otorgamiento de permiso de construcción, en el lugar en donde se llevaría a cabo la inversión...”, o la “revocatoria de una licencia de funcionamiento de un depósito de desechos tóxicos...”.⁹⁰

La Corte, así, acepta entre líneas que las nociones de salud pública, medioambiente y seguridad no ofrecen garantía al poder regulatorio del Estado, y que por tanto su ámbito normativo de protección puede entenderse más o menos amplio y sobre todo más o menos restringido.

Finalmente, la ligereza del juicio de constitucionalidad sobre la expropiación indirecta también se manifiesta en particular frente a los tratados aprobados con posterioridad a 2011, al no estimar el impacto que la aplicación de la cláusula puede tener sobre el criterio de sostenibilidad fiscal, consagrado en la Constitución con la reforma introducida por el Acto Legislativo 3 de ese año.

Dicho ingrediente constitucional, aun desde su común y estrecha interpretación⁹¹ —que la concibe como una “sostenibilidad presupuestal” por la que se procura cuidar en el mediano y largo plazo la capacidad del Estado para asumir los gastos públicos,—⁹² no es tenido en cuenta por la Corte debiendo hacerlo.⁹³

⁸⁹ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-199..., *cit.*

⁹⁰ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-031..., *cit.* Se alude a los asuntos *Metalclad Corp. v. The United Mexican States*, Caso CIADI Núm. ARB(AF)/97/1, Laudo de 30 agosto de 2000 y *Técnicas Medioambientales Tecmed S. A. v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI Núm. ARB(AF)/00/2, Laudo de 29 de mayo de 2003.

⁹¹ Véase Gallego, Juan Estaban y Correa Henao, Magdalena, “Seis tesis sobre la política minera a partir del criterio constitucional de sostenibilidad fiscal”, *Minería y desarrollo, aspectos jurídicos de la actividad minera*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, t. 1, pp. 412-465.

⁹² Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-288 de 2012, C-132 de 2012 y C-490 de 2012.

⁹³ Véase artículo 334.3 de la Constitución Política de Colombia.

No analizó en efecto, como lo ha hecho en otros asuntos relacionados con otras expectativas legítimas y derechos adquiridos en materia del derecho a la pensión de vejez,⁹⁴ el resultado que sobre las finanzas públicas supone asumir un deber de indemnización que se puede imponer al Estado. Pues en términos de componentes y garantías asegurados, superan con creces el cálculo de mera compensación para adaptarse a las nuevas circunstancias que las medidas del Estado han generado,⁹⁵ y se convierten en un derecho a las utilidades esperadas que alcanza montos que castigan con mayor severidad los presupuestos públicos que otras medidas internas del Estado reconocidas como fiscalmente insostenibles.⁹⁶

Lo paradójico es que, con base en el criterio de sostenibilidad fiscal, tras la aprobación de las normas que consagran la expropiación indirecta como garantía a la inversión extranjera, la regulación aún en favor de la realización del Estado social de derecho o de la economía social de mercado puede convertirse en fiscalmente insostenible, por el efecto que pueda tener al generar un gasto por concepto de daño indemnizable, excesivamente oneroso para el erario público.

Y en su conjunto, al convertirse en una obligación internacional, la cláusula de expropiación indirecta puede incluso convertirse en fundamento de nulidad de las normas jurídicas que dicte el Estado en cumplimiento de sus fines constitucionales, por invalidez (falta de competencia para anular los efectos de un tratado), por injusticia (desconocer los principios que sujetan las relaciones internacionales) o por sus efectos adversos (la indemnización por pagar a causa de la expropiación de utilidades esperadas). La cláusula de expropiación indirecta se vuelve entonces una garantía consolidada como norma jurídica poderosamente vinculante, que otorga enormes ventajas para el inversionista a costa de mutar la Constitución o de ignorarla.

⁹⁴ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencias SU-1073 de 2012 y C-258 de 2013.

⁹⁵ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-031..., *cit.*

⁹⁶ Un buen ejemplo lo representa la admisión, mediante Auto 184 de 2016, del incidente de impacto fiscal propuesto contra la Sentencia C-492 de 2015 de la Corte, en cuanto había condicionado la exequibilidad de una norma tributaria. Como quiera que la aplicación de la sentencia afectaba la sostenibilidad de las finanzas públicas con un impacto fiscal anual aproximado de \$335.000 millones, la Corte Constitucional suspendió provisionalmente los efectos de la misma.

B. *Una jurisprudencia absurda*

Es incomprensible que la jurisprudencia constitucional analizada no haya otorgado atención suficiente al hecho de que el juez que reconoce la ocurrencia de la expropiación indirecta, y en su caso tasa la indemnización por pagar, no es el juez nacional sino son los tribunales de arbitraje internacionales. En tanto, no advierte sobre las diferencias en el sistema de fuentes que ese juez natural de las inversiones debe emplear, ni sobre la nula influencia que la jurisprudencia constitucional posee sobre sus decisiones.

De ahí que fuera meramente retórica la advertencia sobre el estricto cumplimiento de los requisitos previstos en los tratados como condición *sine qua non* para que el juez reconozca la expropiación indirecta como daño y el monto indemnizable,⁹⁷ en cuanto no existe mecanismo alguno desde el derecho interno e internacional para asegurarlo. O que sea una garantía imaginaria la condición de que sólo se constituye una expropiación indirecta cuando se acredita debidamente que la medida regulatoria produce un efecto equivalente a la expropiación directa, pues la forma en que dicha equivalencia se define no está regulada y en esa medida es objeto de la interpretación de los jueces.⁹⁸

No es tampoco racional que se haya concebido la doctrina de la cosa juzgada *a priori* o *prima facie* de las sentencias de constitucionalidad sobre los tratados del DEI dictadas por la Corte, cuando prácticamente no la utilizó. Salvo en una de las decisiones estudiadas,⁹⁹ en todos los demás asuntos en los que se hizo a ellas referencia, no se empleó dicha doctrina al momento de declarar como exequibles las normas de los tratados contentivas de la expropiación indirecta.

Tampoco se hizo referencia a la cosa juzgada *a priori* o *prima facie* para precisar que la constitucionalidad establecida podría variar cuando durante la aplicación o ejecución del tratado, la realidad del mercado nacional y sus sectores, el tipo de cambio o el momento político y social alteraran radicalmente los supuestos de dicho juicio. Y en cuanto a la información remitida por el Gobierno para explicar las condiciones económicas preexistentes a la firma del tratado y sus ventajas, como era de esperar, esta solo sirvió para confirmar la constitucionalidad del tratado, pues así lo determina su fuente.

⁹⁷ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-031..., *cit.*

⁹⁸ Véase *El Paso Energy International Company v. Argentina*, Caso CIADI, Núm. ARB/03/2015, laudo de 31 octubre de 2011; disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ia0271.pdf>.

⁹⁹ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-446..., *cit.*

En ese tanto, el juez constitucional no logra su pretensión de asegurarse que la decisión del Jefe de Estado de obligarse por el tratado no fue improvisada, sino que obedeció a un diseño de ordenación económica coherente y planificado, con las precauciones, salvaguardias y excepciones debidas que eviten la afectación en especial de los sectores más vulnerables.

Ahora bien, no sería justo desconocer el valor teórico que representa la doctrina sobre los efectos de la cosa juzgada de las sentencias de constitucionalidad sobre tratados del DEI. Con ello se alerta oportunamente sobre el poder transformador que tales tratados pueden tener sobre el orden jurídico, social y económico interno, y se propone una redefinición del control de constitucionalidad como fórmula para proteger, en última instancia, que los tratados, una vez ratificados, no disminuyan con exceso y desproporción ni el estado democrático, ni las garantías de realización de los derechos humanos.

El punto es que la aplicación de esa doctrina constituiría un proceder contrario u opuesto a la razón, sin sentido o disparatado, tanto frente al juzgamiento de las normas de desarrollo o en la solución de casos concretos, como frente a los tratados mismos.

Con relación a lo primero, es cierto que el ámbito en el que está llamada a aplicarse es en el estudio de las normas objetivas que desarrollen y concreten las posiciones jurídicas definitivas derivadas de los tratados (normas *non-self executing*) o en los procesos de ejecución administrativos o judiciales (normas *non-self executing* y normas *self-executing*). Mas como quiera que la cláusula de expropiación indirecta se ha declarado constitucional sin condicionamiento alguno y desde allí los tratados en las que se incluye se han ratificado sin reservas a su respecto, la interpretación del juez constitucional no se puede ni se debe emplear. Y esto es así porque al momento en que los jueces nacionales conozcan de las normas o de las situaciones de hecho en las que la expropiación indirecta pueda significar violación de la Constitución y de sus bienes, instituciones y derechos protegidos, les corresponde hacer primar la norma que desde el derecho internacional de los tratados obliga al Estado colombiano a privilegiar la posición jurídica del inversionista. De lo contrario, su decisión puede generar el daño indemnizable que la expropiación indirecta contempla.

Con relación a lo segundo, en efecto cabría estimar, como se formuló en la aclaración de voto del magistrado Humberto Sierra Porto a la sentencia que juzgó la constitucionalidad del TLC con Estados Unidos,¹⁰⁰ que la categoría de cosa juzgada *a priori* en verdad lo que comporta es una cosa juzgada relativa, ya no material sobre las normas o aplicaciones concretas,

¹⁰⁰ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-750..., *cit.*

sino sobre la norma del tratado internacional que consagra la cláusula de expropiación indirecta. Pues por las “limitaciones del control abstracto y previo, sobre todo cuando se trata de instrumentos internacionales”, tan complejos como el que entonces se estudiaba, era oportuno que la Corte revisara “su doctrina en torno al control de los tratados internacionales”.¹⁰¹

Bajo el supuesto anterior, la competencia para “decidir definitivamente sobre la exequibilidad” de los tratados y de las leyes que lo aprueban, “debe ser interpretad[a] en el sentido que el alcance del adverbio definitivamente se circunscribe a los motivos de inconstitucionalidad examinados por la Corte en su decisión y no puede incluir aspectos que no hayan sido objeto del examen de constitucionalidad”.¹⁰² Es decir que el control de constitucionalidad sobre los tratados se reconocería como un control definitivo pero relativo, por el cual “tanto los tratados internacionales, como sus leyes aprobatorias” podrían “ser objeto de demanda ciudadana presentadas con posterioridad a su ratificación, siempre y cuando éstas versen sobre cargos que no hayan sido examinados por la Corte Constitucional”.¹⁰³

Cargos relacionados, por ejemplo, con la violación del derecho al agua potable, o a la salud pública, o a la supervivencia de una comunidad etnoculturalmente diferenciada, o la preservación de especies y ecosistemas protegidos, que la expropiación indirecta establecida en el tratado produzca *per se*. De ser acreditados estos cargos en el hipotético nuevo proceso de control de constitucionalidad por vía de acción pública, darían lugar a declarar contrario a la constitución el tratado en su integridad o dicha cláusula, producto de lo que la jurisprudencia de la Corte ha llamado el vicio de inconstitucionalidad sobreviniente.¹⁰⁴

La anterior interpretación, aunque plausible por esclarecer el significado de la cosa juzgada constitucional sobre los tratados del DEI incorporados al derecho colombiano y por soportarse en el principio de supremacía constitucional, mal podría ponerse en práctica, cuando menos sin tener en cuenta muchas salvedades específicas respecto a su aplicación en el tiempo.

Pues de admitirse la declaración de inconstitucionalidad de una cláusula como la de la expropiación indirecta por los efectos directos en contra de la realización de derechos humanos, por ejemplo, la sentencia sólo podría proferirse con efectos suspensivos, hasta tanto el Gobierno no procediera a

¹⁰¹ El voto está disponible en: <http://actualicese.com/normatividad/2008/07/24/comunicado-de-sentencias-c-750-y-c-751-de-24-07-2008/>.

¹⁰² *Idem*.

¹⁰³ *Idem*.

¹⁰⁴ García Matamoros, Laura Victoria, “Control constitucional de los tratados públicos a la luz del derecho internacional”, *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 1, núm. 1, 1999, p. 112.

denunciar el tratado y a renegociarlo de modo tal que su contenido estuviese conforme a la nueva sub-regla constitucional.¹⁰⁵ De otro modo, sin cumplir con esta condición, estaría en términos irremediablemente conservadores imponiendo la anarquía, o que el Estado incumpla una obligación internacional, con total desconocimiento del derecho de los tratados que hace parte del sistema de fuentes del derecho colombiano.

Así, no es del todo claro que un pronunciamiento de tal naturaleza fuese considerado legítimo, pues a la luz del principio de separación de poderes bien podría interpretarse como una invasión del Poder Judicial constitucional sobre la atribución del Jefe de Estado para dirigir las relaciones internacionales.¹⁰⁶ Y en ese mismo orden, no es que el Gobierno estuviera obligado a adoptar la decisión *a posteriori o definitiva* del juez constitucional, pues desde la declaratoria de exequibilidad del tratado y su posterior ratificación ante la comunidad internacional, la Corte ya no tendría competencia para pronunciarse sobre su validez. De hallarse ella en cuestión, “en virtud del respeto y observancia a la norma *pacta sunt servanda*, el órgano Ejecutivo del Estado colombiano estaría conminado a acudir a los conductos regulares, para, según un procedimiento del orden jurídico internacional, desatar en ese ámbito el vínculo, procediendo a denunciar el tratado”.¹⁰⁷

Y en el hipotético caso de que el Gobierno, y con él todas las autoridades públicas, acogieran la sentencia de inexecutable y dieran aplicación inmediata a su mandato de excluir del ordenamiento jurídico nacional una obligación internacional ya contraída, el resultado de tal determinación no sería otro que el de llevar al Estado colombiano a un incumplimiento de dicha obligación internacional ya contraída, violando los principios y reglas del derecho internacional de los tratados.

Tan peligroso es pensar en una “judicialización [*a posteriori*] de las relaciones internacionales”, como en la banalización de los pronunciamientos de la Corte Constitucional derivados en fallos no acatables, frente a lo que además no contaría con ninguna medida correctiva “en el ámbito internacional, teniendo en cuenta que el único negociador reconocido en este campo es el presidente de la República”.¹⁰⁸

En suma, la jurisprudencia constitucional trazada sobre la expropiación indirecta y sobre los efectos de la cosa juzgada de las sentencias que declaran

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 107.

¹⁰⁶ Olano García, Hernán Alejandro, “Control de constitucionalidad de los tratados internacionales en Colombia”, *Estudios Constitucionales*, vol. 4, núm. 2, noviembre de 2006, p. 571.

¹⁰⁷ *Idem*.

¹⁰⁸ García Matamoros, Laura Victoria, *op. cit.*, p. 113.

la constitucionalidad de los tratados de DEI que la introducen en el derecho colombiano, no ha sido ni completa, ni rigurosa ni coherente.

Por tanto, es un tercer hallazgo la verificación de que, como interpreta y ejerce sus funciones, no se advierte al juez constitucional como la autoridad judicial que contenga la fuerza normativa de esa expectativa legítima protegida, de ese derecho de propiedad o de indemnización extendido para los inversionistas, de modo tal que no neutralice, aminore o haga indeseable o imposible la protección de la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos, así como los mínimos de igualdad material de los sujetos más vulnerables.

VI. ALTERNATIVAS, PERSPECTIVAS Y CONCLUSIONES

Más allá de las demandas existentes y de las que se avecinan, así como de los procesos principalmente arbitrales internacionales en los que se deberá enfrentar y controvertir el reclamo de ocurrencia de expropiaciones indirectas,¹⁰⁹ son, por decir lo menos, alarmantes las perspectivas que se proyectan sobre el orden económico, social y ambiental. Lo anterior, como quiera que el concepto de justicia que él debe concretar dependerá sobre todo de no vulnerar el derecho a las utilidades, o de la capacidad de pago tanto de los gastos que las medidas de intervención impliquen, como de las indemnizaciones por expropiación indirecta que en su caso se generen. Esto sin olvidar que los tratados del DEI y sus garantías para la inversión extranjera se anuncian desde ya como obstáculos para el desarrollo y el posconflicto.¹¹⁰

Así, como respuesta a los hallazgos sobre el ejercicio de las competencias constitucionales previstas para autorizar la ratificación de los tratados del DEI que contienen la cláusula de la expropiación indirecta, resulta oportuno argumentar en favor de una interpretación más constitucional de las mismas, en términos de un ejercicio más transparente de la función presidencial, un control político más democrático del Congreso de la República y un juicio más estricto, garantista y oportuno por parte del juez constitucional.

Las interpretaciones que guían la forma clásica con que se han ejercido, dentro del proceso de incorporación de los tratados internacionales, las

¹⁰⁹ Véase González, Carlos Eduardo, “Con demandas de Telefónica y Claro, Colombia librará cinco pleitos en el Ciadi”, *Diario La República*, 28 de julio de 2017, disponible en: <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/colombia-librara-cinco-pleitos-en-el-ciadi-2531138>.

¹¹⁰ Perrone, Nicolás M., “Los derechos de los inversores extranjeros sobre la tierra según los tratados de protección de inversiones: una visión desde Latinoamérica”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI)*, vol. 9, 2016, pp. 273-308.

competencias conferidas a los poderes públicos desde la Constitución, ya no se ajustan a la realidad que describe las relaciones internacionales.

En efecto, la solidez y regularidad con que se protege como reservada la información asociada a las relaciones internacionales, carece de soporte en el mundo contemporáneo, donde no solo se negocia para resolver conflictos fronterizos o cuestiones de seguridad y defensa nacional, o persecución de los delitos y de las organizaciones criminales transnacionales. Tiene sentido que exista y se estime como legítima la opacidad o el secreto sobre las determinaciones que giran en torno de tales específicas materias, pero no lo tiene cuando lo que se está acordando es un nuevo orden económico en el cual el Estado colombiano se obliga a mantener una seguridad jurídica para unos ciertos actores económicos extranjeros, a costa de su poder de intervención pública económica o de sus finanzas públicas de por sí escasas.

Desde la doctrina cabe entonces evaluar y repensar si existen aún razones para justificar dicho poder intocable o si al contrario, en el entorno de los Estados abiertos al mundo y de los mercados cada vez más globales, cabe distinguir, y levantar la reserva para los tratados que inciden sobre la sociedad, sus derechos y sus oportunidades, la pluralidad de sus mercados, los recursos naturales, los recursos del subsuelo o el patrimonio público.

Es igualmente necesario revisar la función atribuida al Congreso de la República como manifestación del principio democrático representativo dentro del proceso de incorporación cuando menos de los tratados económicos. Debe analizarse, desde el derecho constitucional y desde el derecho internacional de los tratados, si cabría estudiar las reformas constitucionales y legales necesarias que eliminaran las restricciones expuestas al poder del legislador, bien a través de la inclusión de mecanismos que permitan requerir y acceder a la información sobre las instrucciones diplomáticas o de las negociaciones, o bien con la disposición de un procedimiento legislativo diferenciado, más extenso en el tiempo, más exigente en requisitos de deliberación y aprobación y más abierto a la participación ciudadana.

Ello a fin de hacer posible que en la discusión del proyecto de ley aprobatoria se cuente con los atributos y habilitaciones suficientes para conocer el fundamento de lo acordado y para estar en capacidad de sopesar su impacto sobre la vida de los ciudadanos y sobre la economía nacional privada y pública.

Y en su defecto, esto es, aunque las aludidas reformas no se concreten, es dable apelar para que el legislador ejerza aun dentro de su margen estrecho de decisión, un control político de mayor peso que resulte más consistente con su lugar dentro del Estado y con el efecto útil de las normas que imponen su intervención dentro del proceso de incorporación de los tratados.

Un control que con voluntad política es posible, recurriendo por ejemplo a los instrumentos con que cuenta para mejorar el entendimiento de los tratados sometidos a su conocimiento, sus cláusulas, los compromisos que impone al Estado y los efectos positivos y negativos que su aplicación puede tener sobre el derecho interno, para así discutir, votar y decidir en el marco de sus competencias constitucionales, sobre la aprobación, inaprobación y lo que hay en medio posible.

Con una interpretación como la indicada de la competencia del legislador, es válido argumentar que “el trámite legislativo de aprobación de un tratado no consiste únicamente en aprobar o improbar de forma general su contenido, sino que el Congreso tiene adicionalmente la posibilidad de aprobar parcialmente un tratado o de formular reservas y declaraciones interpretativas”, que no signifiquen su modificación de los fines y objetivos del tratado, esto es de su contenido general.¹¹¹ Y lo es también entender que la renegociación no es una opción ilegítima dentro del proceso de ratificación de un tratado, pues su sentido es atender entre otras las exigencias de las autoridades del Estado habilitadas para hacerlo.

Solo así la función del Congreso de la República puede ser compatible con el valor que le corresponde dentro del Estado, como foro representativo y pluralista por excelencia, para que tras la deliberación sujeta a un procedimiento público se determine si es oportuna, conveniente, equitativa, justa e igualitaria la forma en que el tratado reparte derechos y obligaciones, sin lesionar de manera innecesaria y excesiva los intereses nacionales y los derechos humanos vinculados.

De modo subsidiario resulta defendible argumentar en favor de un control de constitucionalidad más riguroso y oportuno frente a los tratados públicos, en especial sobre los de carácter económico. Sin embargo, antes de desarrollar este argumento, conviene recalcar que la correcta articulación del DEI con los fines, objetivos e instituciones del Estado constitucional no puede depender solo o principalmente del juez constitucional, ni debe serlo de los jueces comunes o de las autoridades administrativas durante la ejecución de los tratados y sus reglamentos.

Porque, sin duda, la legitimidad y la capacidad de maniobra que poseen el gobierno y el legislador son mayores y razonablemente mejores, en cuanto sus decisiones pueden ser más consistentes, coherentes y eficaces, al poseer la visión de conjunto, la voluntad de desarrollo y el haber competencial idóneo

¹¹¹ García Orjuela, Carlos, “Competencias del Congreso de la República, en materia de tratados internacionales. Procedimiento y características de la aprobación de tratados internacionales en el ordenamiento jurídico colombiano”, *Revista Colombia Internacional*, núm. 61, enero-junio de 2005, pp. 148-161.

para que la internacionalización de las relaciones del Estado se acuerde con un balance costo-beneficio política y constitucionalmente aceptable.

Mas en el evento de que nada de lo anteriormente dicho se considere admisible, o de que aun siéndolo no logre hacerse efectivo por falta de interés de los actores políticos que podrían permitirlo, como *última ratio* cabe sostener la importancia de que el control de constitucionalidad sobre los tratados públicos se distinga o diferencie según la naturaleza de lo que regulen y su grado de afectación de contenidos sustanciales del orden constitucional. Y en ese marco, cabe revisar la función que cumple la Corte Constitucional dentro del proceso de adopción de las obligaciones internacionales que contemplan los tratados y, con ella, el valor que posee el principio de supremacía de la Constitución.

Como se aprecia en el derecho comparado, no es razonable que se aplique el mismo escrutinio cuando se revisan cláusulas que promueven la amistad entre los Estados, mecanismos de cooperación para la persecución de las organizaciones criminales transnacionales o medidas para estimular el comercio y la inversión extranjera.¹¹² En cada caso se deben ponderar los bienes constitucionales en juego y, en ese orden, el margen de autonomía o discrecionalidad del Jefe de Estado, o de discusión y control político del Legislativo.

Con relación a los tratados de DEI, al comprometer, como en efecto ocurre, elementos sustanciales de la Constitución económica y con ella, la noción de orden económico justo, y al significar como sucede con la cláusula de expropiación indirecta una alteración tan honda de principios del orden constitucional, es necesario que su juicio sea más exigente. Pues a falta de transparencia en el proceso de negociación y firma y a falta de un control político eficaz, le corresponde al juez constitucional desplegar toda su capacidad analítica para asegurar que con la introducción de sus normas y obligaciones en el derecho interno no se atente, desfigure o mute la Constitución.

Serían a este respecto útiles reformas legales y de reglamento en las que se aprobara un procedimiento interno que ampliara los términos para estudiar tratados complejos y/o extensos y que reforzara sus competencias probatorias, así como la intervención ciudadana, de las organizaciones sociales, de los centros de estudios, de las universidades y de los expertos.

Pero aún sin ellas, con lo que hay, es dable apelar porque el control previo, automático, integral, participativo y definitivo sobre los tratados

¹¹² Nástic, Maja, “Constitutional Review of International Agreements from Comparative Law Perspective”, *Law and Politics*, vol. 13, núm. 1, 2015, pp. 60–62.

económicos se ejerza de modo tal, que con la fuerza normativa de la cosa juzgada constitucional se impida a tiempo que el Estado asuma obligaciones de garantía, prohibición o restricción que socaven la vigencia del principio democrático y la eficacia de los derechos humanos/fundamentales reconocidos.

Es necesario un control constitucional previo con test estricto o riguroso para las cláusulas que conforme la experiencia tengan la capacidad de neutralizar o disminuir el Estado democrático y social de derecho. Un control que, además de analizar la justificación constitucional para la firma y aprobación, rinda cuenta de la idoneidad de las cláusulas específicas que contiene para alcanzar las finalidades perseguidas, pero sobre todo del carácter indispensable de las obligaciones internacionales adquiridas y de la ponderación entre las ventajas y desventajas que acarrearán, sus costos y beneficios y el resultado que en definitiva pueden asegurar en términos de bienes o derechos limitados y protegidos.

Solo así cumplirá con la función constitucional que le corresponde, para declarar con certeza o la constitucionalidad del tratado y de sus preceptos, o su inconstitucionalidad total o parcial, e imponer así al Jefe de Estado el mandato de no ratificación, o la inclusión de reservas y las declaraciones interpretativas previas en la presentación del consentimiento internacional, con las cuales no se busca que el Gobierno rompa ni el objeto ni el fin del tratado, pero sí que precise “la posición colombiana, a fin de que el país pueda adquirir y cumplir sus obligaciones internacionales con transparencia y de buena fe, presupuesto para poder una rigurosa aplicación al principio esencial en esta materia: *Pacta sunt servanda*”.¹¹³

¹¹³ Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-400 de 1998.

NUEVOS DESARROLLOS LATINOAMERICANOS EN EL RÉGIMEN INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES: ¿INICIATIVAS DESTINADAS A CORREGIR EL DÉFICIT DE TRANSPARENCIA PROCESAL Y PARTICIPACIÓN DEL MECANISMO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS RELATIVAS A INVERSIONES?

María José LUQUE MACÍAS*

SUMARIO: I. *Contexto e hipótesis.* II. *Los ACFIs – ¿modelo a seguir para reducir el déficit de transparencia y participación en el arbitraje de inversiones?* III. *La transparencia procesal y los mecanismos de participación en un futuro Centro Unasur.* IV. *Conclusión y perspectiva.*

I. CONTEXTO E HIPÓTESIS

Los Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFIs), suscritos entre Brasil y sus homólogos latinoamericanos,¹ y el Protocolo de Cooperación

* Candidata doctoral en la Facultad de Jurisprudencia de la FAU Erlangen-Nuremberg, tema de tesis: “International Investment Protection and the Duty to Regulate of Latin American States”. El presente trabajo se basa parcialmente en la investigación realizada en el marco del siguiente artículo: Luque Macías, María José, “Inter-State Investment Dispute Settlement in Latin America: Is There Space for Transparency?”, *Journal of World Investment and Trade*, vol. 17, núm. 4, 2016, pp. 634-657.

¹ Brasil suscribió acuerdos de cooperación y facilitación de inversiones (ACFIs) con México, Colombia y Chile en mayo, octubre y noviembre de 2015, respectivamente. Véase Acuerdo de Cooperación y de Facilitación de las Inversiones entre la República Federativa del Brasil y los Estados Unidos Mexicanos (ACFI Brasil-México); Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República da Colômbia (ACFI Brasil-Colombia); y Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa del Brasil y la República de Chile (ACFI Brasil-Chile). En 2016, Brasil y Perú acordaron reglas comunes para la promoción de las inversiones de sus respectivos nacionales y para la prevención de controversias, no obstante, dentro del marco de un acuerdo comercial macro. Véase Acuerdo de Profundización Económico Comercial entre la

y Facilitación intra-Mercosur constituyen las iniciativas más recientes para atraer y proteger inversiones en la región.² Ambas propuestas aspiran a promover la cooperación y la creación de condiciones que contribuyan a facilitar y fomentar la inversión mutua entre los respectivos Estados partes mediante un régimen de protección de inversiones distinto al generalmente establecido en los acuerdos internacionales de inversión (AII). Por este motivo, ambas propuestas han sido categorizadas como “revolucionarias” entre los enfoques existentes.³ Por otro lado, el Centro de resolución de controversias en materia de inversiones de la Unión de Naciones Suramericanas (Centro Unasur) buscaba consolidarse como una alternativa a las instituciones internacionales existentes para facilitar la administración de procedimientos de arbitraje inversor-Estado, tales como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) o la Corte Permanente de Arbitraje (CPA).⁴ Aunque la discusión sobre el establecimiento del Centro Unasur empezó en el 2010, pareció tomar un nuevo impulso luego de experimentar cierto estancamiento en el 2017. La negativa de ciertos Estados de seguir perteneciendo a la Unasur en calidad de Estados miembros puede conllevar al descarte total de dicha iniciativa.⁵

A la luz de estos acontecimientos, cabe preguntarse si, y de ser el caso en qué medida, estas iniciativas bilaterales y sub-regionales pretenden al

República del Perú y la República Federativa del Brasil, capítulo 2 “Inversión” (Acuerdo Perú-Brasil). Todos estos acuerdos están disponibles en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/27#iialInnerMenu>.

² Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-Mercosur suscrito el 7 de abril de 2017 por Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay, disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5548>. Charlotin, Damien y Peterson, Luke Eric, *Analysis: In New Mercosur Investment Protocol, Brazil, Uruguay, Paraguay And Argentina Radically Pare Back Protections, and Exclude Investor-State Arbitration*, IIA Reporter, 4 de mayo de 2017, disponible en: <https://www.iareporter.com/articles/analysis-in-new-mercosur-investment-protocol-brazil-uruguay-paraguay-and-argentina-radically-pare-back-protections-and-exclude-investor-state-arbitration/>.

³ Roberts, Anthea, “The Shifting Landscape of Investor-State Arbitration: Loyalists, Reformists, Revolutionaries and Undecideds”, *EJIL Talk*, 15 de junio de 2017, disponible en: <https://www.ejiltalk.org/the-shifting-landscape-of-investor-state-arbitration-loyalists-reformists-revolutionaries-and-undecideds/>.

⁴ Luque Macías, María José, “Reliance on Alternative Methods for Investment Protection through National Laws, Investment Contracts, and Regional Institutions in Latin America”, en Hindelang, Steffen y Krajewski, Markus (eds.), *Shifting Paradigms in International Investment Law, More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 291-315.

⁵ Nolte, Detlef, y Mijares, Victor, “Regionalismo posthegemónico en crisis. ¿Por qué la Unasur se desintegra?” *Foreign Affairs Latin America*, vol 18, núm. 3, 2018, pp. 105-112.

menos corregir el déficit de legitimidad que afecta al régimen de resolución de controversias relativas a inversiones. La legitimidad de los tribunales arbitrales ha sido un tema de gran interés académico en la última década.⁶ El término “legitimidad” ha sido generalmente entendido como uno de los instrumentos disponibles de estos órganos jurisdiccionales para asegurar el cumplimiento y la aceptación de su autoridad para resolver las disputas bajo su competencia.⁷ Por tanto, el debate sobre el “déficit” o la “crisis” de legitimidad analiza la desconexión entre la forma como un tribunal arbitral justifica su ejercicio de autoridad con base al AII correspondiente y las expectativas sobre cómo este órgano debería justificar su autoridad.⁸

Las expectativas hacia los tribunales arbitrales están estrechamente ligadas a los efectos que sus decisiones pudieran tener sobre los Estados partes del respectivo AII, que consintieron someter al arbitraje internacional la resolución de sus futuras diferencias con el nacional del otro Estado parte.⁹ En primer lugar, si el tribunal arbitral concluye que el Estado demandado incumplió sus obligaciones previstas en el AII, éste será obligado al pago de una indemnización al inversionista demandante, comprometiendo de esta manera el presupuesto que podría emplear en favor de la población sujeta a su jurisdicción.¹⁰ Ciertamente, ésta es la finalidad que los AII cumplen; no obstante, el importe medio de indemnización concedido a los inversores

⁶ Burke-White, William W., *The Argentine Financial Crisis: State Liability under BITs and the Legitimacy of the ICSID System*, University of Pennsylvania Law School, Institute for Law & Economics, Research Paper núm. 08-01, 2008, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1088837>. Franck, Susan D., “The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions”, *Fordham Law Review*, vol. 73, núm. 4, 2005, p. 1521.

⁷ Por ejemplo, Bodansky, Daniel, *Legitimacy in International Environmental Law*, UGA Legal Studies, Research Paper Núm. 06-007, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=899988>.

⁸ Kumm, Matthias, “The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis”, *European Journal of International Law*, vol. 15, núm. 5, 2004, p. 907. La falta de imparcialidad e independencia de los tribunales arbitrales que conducen estos procesos es considerada como otra de las causas de la crisis de legitimidad de dicho régimen. Para una versión crítica sobre el régimen de protección de inversiones y el contra-argumento a estas opiniones, véase Miles, Kate, “Investor-State Dispute Settlement: Conflict, Convergence, and Future Directions”, en Bungenberg, Marc *et al.* (eds.), *European Yearbook of International Economic Law*, Suiza, Springer, 2016, pp. 273-308, y Schill, Stephan, “In Defense of International Investment Law”, en Bungenberg, Marc *et al.* (eds.), *European Yearbook of International Economic Law*, Suiza, Springer, 2016, pp. 309-341, respectivamente.

⁹ Sauvant, Karl P. y Ünüvar, Güneş, “Can Host Countries Have Legitimate Expectations?”, *Columbia FDI Perspectives*, núm. 183, 2016, disponible en: <http://ccsi.columbia.edu/files/2013/10/No-183-Sauvant-and-%C3%9Cn%C3%BCvar-FINAL.pdf>.

¹⁰ Schneiderman, David, “Legitimacy and Reflexivity in International Investment Arbitration: A New Self-Restraint?”, *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 1, núm. 4, 2011, p. 5.

demandantes es ciertamente significativo, y por ende, tiene un impacto considerable a las arcas fiscales de los Estados demandados.¹¹ Adicionalmente, el riesgo que conlleva ser sujeto de una demanda arbitral podría producir que los Estados se abstengan de adoptar medidas regulatorias en favor de ciertos sectores de la sociedad.¹² Las repercusiones colaterales de los laudos arbitrales sobre áreas de política pública estatal han provocado un cuestionamiento sobre la idoneidad del arbitraje internacional como método de resolución de controversias inversor-Estado.¹³ La crítica se concentra, entre otras cosas, en la falta de transparencia y de mecanismos de participación en el procedimiento arbitral. A pesar de que el tribunal arbitral ejerce su competencia sobre disputas internacionales de carácter público, aquellos que se sientan indirectamente afectados por el desenlace desfavorable para el Estado se pueden ver desprovistos de mecanismos efectivos para hacer valer sus intereses. Esto ocurre en particular cuando las partes en contienda se oponen a la publicación de la información relacionada con las deliberaciones del tribunal o con el contenido de los laudos arbitrales, o si rechazan la participación de terceros para expresar sus consideraciones referentes a un punto de derecho u otro aspecto relacionado con la medida regulatoria objeto de la demanda arbitral.¹⁴

Ante este panorama cabe mencionar que el régimen de protección de inversiones es una de las áreas del derecho económico internacional más

¹¹ De acuerdo a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), el monto promedio otorgado por los tribunales arbitrales ha sido de 545 millones de USD y el mediano de 20 millones de USD. UNCTAD, “Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2016”, *IIA Issues Note, International Investment Agreements*, vol. 1, núm. 1, mayo de 2017, p. 5, disponible en: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2017d1_en.pdf.

¹² Tienhaara, Kyla, “Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science”, en Brown, Chester y Miles, Kate (eds.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 606-627.

¹³ Van Harten, Gus, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

¹⁴ Para un análisis sobre el impacto negativo indirecto que las demandas arbitrales pueden llegar a tener sobre la realización de los derechos humanos y de los derechos indígenas, Bohoslavsky, Juan P. y Justo, Juan B., “Compatibilizando derechos de los inversores extranjeros y derechos humanos: ¿Por qué? ¿Cómo? ¿Quién? ¿Cuándo?”, y Cinelli, Claudia, “Inversiones extranjeras, pueblos indígenas y desarrollo sostenible: la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Tanzi, Attila *et al.* (eds.), *Derecho internacional de las inversiones en América Latina, problemas y perspectivas*, Leiden-Boston, Brill-Nijhoff, 2016, pp. 671-710 y pp. 711-744, respectivamente.

receptivas a las críticas que recibe.¹⁵ Del mismo modo que los Estados,¹⁶ el CIADI¹⁷ ha venido afrontando gradualmente este déficit. En el 2006, las reglas de arbitraje del CIADI fueron enmendadas para facilitar el acceso público a los documentos relevantes del proceso arbitral¹⁸ y la participación de partes no contendientes mediante la presentación de escritos *amicus curiae*.¹⁹ Actualmente, una nueva revisión de estas reglas arbitrales ha sido propuesta con la finalidad de, entre otros, establecer obligaciones para el inversor y el Estado en su calidad de partes contendientes. De la misma forma, ciertas reformas relacionadas al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) han dado un gran impulso al fomento de la transparencia y la participación de terceros en el arbitraje inversor-Estado.²⁰ Dicho Reglamento fue reformado en el 2013 con la finalidad de facilitar la aplicación automática del Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados (Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia) que se originen en virtud de AII celebrados el 1 de abril de 2014 o después de esa fecha.²¹ La aplicación de este Reglamento también está garantizada para los AII celebrados anteriormente a la fecha antes mencionada; requisito para aquello es que los Estados parte de estos AII

¹⁵ Pauwelyn, Joost, “At the Edge of Chaos? Foreign Investment Law as A Complex Adaptive System, How It Emerged And How It Can Be Reformed”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 29, núm. 2, 2014, pp. 372-418.

¹⁶ Para una descripción de la práctica actual de elaboración de AII de países latinoamericanos, Polanco, Rodrigo, “Dos mundos aparte: las cambiantes características de los tratados internacionales de inversión en América Latina”, en Tanzi, Attila *et al.* (eds.), *Derecho internacional de las inversiones en américa latina, problemas y perspectivas*, Leiden y Boston, Brill-Nijhoff, 2016, pp. 68-97.

¹⁷ Antonietti, Aurélie, “The 2006 Amendments to the ICSID Rules and Regulations and the Additional Facility Rules”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 21, núm. 2, 2006, pp. 427-448.

¹⁸ Yackee, Jason W. y Wong, Jarrod, “The 2006 Procedural and Transparency-Related Amendments to the ICSID Arbitration Rules: Model Intentions, Moderate Proposals, and Modest Returns”, en Sauvant, Karl P. (ed.), *Yearbook on International Investment Law & Policy*, Nueva York, Oxford University Press, 2010, capítulo 6.

¹⁹ Fach Gómez, Katia, “Rethinking the Role of Amicus Curiae in International Investment Arbitration: How to Draw the Line Favorably for the Public Interest”, *Fordham International Law Journal*, vol. 35, núm. 2, 2012, pp. 510-564.

²⁰ Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (revisado en 2010), disponible en: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-s.pdf>.

²¹ *Cfr.* Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (adoptado el 16 de diciembre de 2013, y en vigor desde el 1 de abril de 2014).

consientan su aplicación mediante la ratificación de la Convención de Mauricio sobre la Transparencia.²² Adicionalmente, los intentos de reemplazar el actual modelo de arbitraje inversor-Estado por un ente permanente en las negociaciones de ciertos tratados comerciales “megarregionales”, han motivado que la CNUDMI encomiende a un Grupo de Trabajo la discusión de reformas al arbitraje inversor-Estado.²³

Por tanto, se puede afirmar que estos esfuerzos institucionales buscan reforzar la legitimidad del régimen de protección de inversiones mediante la adopción de mecanismos que aseguren cierto grado de transparencia procesal y participación de terceros cuando sea pertinente.²⁴ A la luz del marco conceptual del ICCAL, estas iniciativas también podrían ayudar a reducir las tensiones entre los AII correspondientes, por un lado, y los principios y objetivos del ICCAL, en particular la promoción de la democracia, los derechos humanos y la inclusión social, por el otro.²⁵ Ahora bien, de entre estos esfuerzos institucionales, el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia destaca como el más progresista para la realización de las aspiraciones antes descritas. Estas reglas imponen sobre las partes en controversia y los árbitros el *deber* de divulgar la información y los documentos relativos a los procedimientos de arbitraje, así como de permitir la participación de terceros en ciertas fases de los procesos arbitrales.²⁶ Desde la perspectiva de los pueblos indígenas y otros grupos vulnerables afectados por las actividades de los inversores extranjeros que buscan protección bajo los AII, estas obligaciones procesales permitirían identificar, por ejemplo, si el Estado demandado reivindica sus deberes regulatorios respecto a la protección de los derechos de dichos grupos vulnerables. Por otra parte, los mecanismos que permitan su participación en la resolución de controversias

²² *Cfr.* Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (“Convención de Mauricio sobre la Transparencia”), adoptada el 10 diciembre de 2014, en vigor el 18 de octubre de 2017.

²³ CNUDMI, Grupo de Trabajo III, 2017- hasta la fecha: Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados, disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working_groups/3Investor_State.html.

²⁴ Véase, por ejemplo, Kingsbury, Benedict, Krisch, Nico y Stewart, Richard B., “The Emergence of Global Administrative Law”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, núm. 3 y 4, 2005, pp. 15-62.

²⁵ Sobre estos principios y objetivos véase por ejemplo von Bogdandy, Armin *et al.* en este volumen.

²⁶ Calamita, N. Jansen y Zelazna, Ewa, “The Changing Landscape of Transparency in Investor-State Arbitration: The UNCITRAL Transparency Rules and Mauritius Convention”, Klaussegger, Christian *et al.* (eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2016, pp. 271-288.

pueden dar lugar a un mayor reconocimiento del impacto que la falta de regulación tendría sobre el ejercicio de sus derechos.

Ante este escenario, la transparencia procesal y la participación de terceros se han convertido en principios procesales que pueden incrementar la legitimidad del régimen de inversiones, especialmente frente a individuos o grupos sociales potencialmente afectados por actividades extranjeras de inversión. Teniendo esto en mente y tomando en cuenta que la propuesta del Centro Unasur no puede ser considerada como descartada hasta que la disolución de la Unasur no sea un hecho consumado, la presente contribución explora el enfoque que los ACFIs concluidos por Brasil y el Centro Unasur tienen respecto a estos principios a la luz de las reglas del Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia, ya que el mismo prevé el estándar más adecuado hasta el momento para garantizar la observancia de estas herramientas por las partes en contienda y los árbitros por igual. Esta evaluación será a modo de simples reflexiones debido a que el número de ACFIs actualmente firmados por Estados latinoamericanos no permite aún establecer una tendencia significativa en la región, y a las fuentes primarias y secundarias de información son escasas con respecto al Centro Unasur.

II. LOS ACFIs – ¿MODELO A SEGUIR PARA REDUCIR EL DÉFICIT DE TRANSPARENCIA Y PARTICIPACIÓN EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES?

Más que la protección de inversiones, Brasil promueve a través de los ACFIs la cooperación y la creación de condiciones que contribuyan a facilitar y fomentar la inversión con su contraparte.²⁷ El modelo ACFI ha servido como punto de partida para las negociaciones realizadas por el Brasil en los dos últimos años.²⁸ De manera bilateral, Brasil suscribió inicialmente ACFIs con países africanos,²⁹ para luego concluir este tipo de acuerdos con México, Colombia y Chile.³⁰ En este sentido, cabe mencionar que los ACFIs

²⁷ Para una descripción de la aproximación tradicional brasileña a la protección de inversiones extranjeras y del contenido de los ACFIs, véase Titi, Catherine, “International Investment Law and the Protection of Foreign Investment in Brazil”, *Transnational Dispute Management*, vol. 13, núm. 2, 2016.

²⁸ Cfr. Brasil Model BIT 2015, disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4786>.

²⁹ Cfr. Brasil celebró ACFIs con Mozambique, Angola y Malawi en el primer semestre de 2015, disponibles en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryOtherIias/27#italInnerMenu>.

³⁰ Cfr. Luque Macías, María José, “Reliance on Alternative...”, *cit.*

celebrados entre países latinoamericanos se diferencian de los ACFIs celebrados entre Brasil y los países africanos en el hecho de que el primer grupo regula con mayor detalle el tratamiento de las inversiones en los países anfitriones e incluye un mayor número de disposiciones que protegen objetivos regulatorios de los mismos y fomentan la responsabilidad social empresarial de los inversores protegidos por estos acuerdos.³¹ En el ámbito regional, el modelo brasileño ha servido como marco de referencia para la negociación del Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-Mercosur (Protocolo intra-Mercosur).³²

El enfoque de promoción, más que de protección, de inversiones se ve reflejado en algunas disposiciones de los ACFIs celebrados entre países latinoamericanos, en el Acuerdo Perú-Brasil y en el Protocolo intra-Mercosur. Por ejemplo, los ACFIs principalmente conceden a los inversionistas gobernados bajo sus reglas protección contra la expropiación directa o nacionalización de sus inversiones,³³ pero escasamente un trato nacional y de nación más favorecida a los nacionales de otro Estado parte dentro del territorio del Estado receptor de su inversión.³⁴ Adicionalmente, los inversionistas están imposibilitados a presentar una demanda ante tribunales arbitrales en contra del Estado parte del tratado por la violación de sus derechos, ya que estos acuerdos solo contemplan el arbitraje entre Estados.³⁵ Para este último fin, los ACFIs establecen un marco de gobernanza institucional: por un lado, un comité conjunto formado por representantes gubernamentales, encargado de discutir e informar de las oportunidades de inversión en ambos Estados partes, de monitorear la administración e implementación del ACFI que corresponda, así como de la coordinación de la implementación de sus agendas temáticas.³⁶ Por el otro, instauran puntos

³¹ Cfr. ACFI Brasil-Chile, artículos 15-17; ACFI Brasil-Colombia, artículos 13-15; ACFI Brasil-México, artículo 13; Acuerdo Perú-Brasil, artículo 2.12.

³² Cfr. IISD, *Unasur-IISD Workshop...*, cit. Véase BID/INTAL, *Se firmó el protocolo de cooperación y facilitación de inversiones intra Mercosur*, sin fecha, disponible en: <http://conexionintal.iadb.org/2017/04/27/se-firmo-el-protocolo-de-cooperacion-y-facilitacion-de-inversiones-intra-mercosur/>.

³³ Ejemplos incluyen ACFI Brasil-Chile, artículo 7; ACFI Brasil-Colombia, artículo 6; ACFI Brasil-México, artículo 6; Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-Mercosur, artículo 6; Acuerdo Perú-Brasil, artículo 2.7.

³⁴ En este sentido cabe mencionar que los ACFIs Brasil-Colombia y Brasil-México, así como el Protocolo Intra-Mercosur, no incluyen disposiciones al respecto. ACFI Brasil-Chile, artículos 5 y 6; ACFI Brasil-Malawi, artículo 10; Acuerdo Perú-Brasil, artículos 2.4 y 2.5.

³⁵ ACFI Brasil-Chile, artículo 25; ACFI Brasil-Colombia, artículo 23; ACFI Brasil-México, artículo 19; Protocolo intra-Mercosur, artículo 24; Acuerdo Perú-Brasil, artículo 2.21.

³⁶ ACFI Brasil-Chile, artículo 18; ACFI Brasil-Colombia, artículo 16; ACFI Brasil-México, artículo 14; Protocolo intra-Mercosur, artículo 17; Acuerdo Perú-Brasil, artículo 2.15.

focales conformados por los órganos que respectivamente se establezcan, tales como cámaras de comercio o comisiones de inversión; estos puntos focales son denominados “ombudsman”, ya que su función es representar los intereses de los inversionistas de un Estado parte en el territorio de su contraparte.³⁷

Con estos antecedentes, ¿implementan los ACFIs mecanismos que se anticipen al déficit de transparencia y participación que puede conllevar la resolución de controversias entre Estados mediante el mecanismo de arbitraje? A modo general, los ACFIs fomentan cierto grado de participación de actores externos en la cooperación y promoción de inversiones, a través de uno de los órganos encargados de monitorear y coordinar su implementación, el comité conjunto. Dicho comité tiene la facultad de *consultar* tanto al sector privado como a la sociedad civil sobre cuestiones específicas relacionadas con sus “trabajos” cuando lo considere pertinente.³⁸ En este sentido, no queda claro si el término “trabajos” equivale a las responsabilidades y funciones del comité. Adicionalmente, por el orden en que los literales de estos artículos describen las funciones y responsabilidades del comité, no queda claro si los ACFIs limitarían esta consulta solo a las tareas del comité antes descritas, o si también incluirían su tarea de diseñar las reglas aplicables a la conducción de procesos arbitrales,³⁹ y/o de implementar las reglas de solución de controversias cuando sea pertinente.⁴⁰ Lo que sí es evidente es que la implicación de terceros no es mandatoria, sino que queda sujeta a la discrecionalidad del comité.

Asumiendo que los términos “trabajos” y “responsabilidades y funciones” sean equivalentes, y que la consulta a terceros en efecto incluya el ejercicio de todas las competencias del comité, este órgano puede jugar un papel significativo en la promoción de la transparencia y la participación

³⁷ ACFI Brasil-Chile, artículo 19; ACFI Brasil-Colombia, artículo 17; ACFI Brasil-México, artículo 15; Protocolo intra-Mercosur, artículo 18; Acuerdo Perú-Brasil, artículo 2.16. Para una evaluación sobre el alcance de las disposiciones de los ACFIs, véase Hamilton, Jonathan C. y Grandó, Michelle, *Brazil and the Future of Investment Protections, Latin Arbitration Law*, disponible en: <http://web.archive.org/web/20151011185204/http://www.latinarbitrationlaw.com:80/brazil-and-the-future-of-investment-protections>.

³⁸ ACFI Brasil-Chile, artículo 18, párr. 4, lit. d; ACFI Brasil-Colombia, artículo 16, párr. 4, lit. d; ACFI Brasil-México, artículo 14, párr. 4, lit. d; Acuerdo Perú-Brasil, artículo 2.15, párr. 4, lit. d; Protocolo intra-Mercosur, artículo 17, párr. 3, lit. d.

³⁹ ACFI Brasil-Colombia, artículo 16, párr. 4, lit. f. Bajo el Acuerdo Perú-Brasil, este órgano solo está facultado a complementar dichas reglas. Acuerdo Perú-Brasil, artículo 2.15, párr. 4, lit. f.

⁴⁰ ACFI Brasil-México, artículo 14, párr. 4, lit. f. Bajo el Acuerdo Perú-Brasil, este órgano solo está facultado a evaluar cualquier aspecto relacionado con la interpretación de dichas reglas de inversión. Acuerdo Perú-Brasil, artículo 2.15, párr. 4, lit. g.

en el arbitraje Estado-Estado. Por ejemplo, el comité podría permitir que los inversores afectados y la sociedad civil, en calidad de partes no contendientes, sean consultados sobre la afectación económica de las medidas regulatorias del Estado demandado o sobre el impacto de la no adopción de estas medidas, respectivamente. Accesoriamente, el comité podría impulsar la divulgación de decisiones y medidas provisionales dentro de estos procedimientos arbitrales. No obstante, reproducir el carácter obligatorio que tienen estos objetivos en el marco del Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia quedaría a entera discrecionalidad del comité. Ciertamente, este enfoque tendría la ventaja de garantizar la igualdad de condiciones de participación entre partes no contendientes, así como la transparencia, por ejemplo, en las consideraciones de los tribunales relativas a la determinación de la responsabilidad estatal y de la compensación por daños en favor de los nacionales de un Estado parte de los ACFIs. En este sentido, una primera medida a considerar sería poner a disposición del público las motivaciones y criterios que prevalecen en la adopción de reglas de procedimiento arbitral, tal como procedió el grupo de trabajo encargado de la negociación del Reglamento de la CNUDMI.⁴¹ De esta forma, el comité fomentaría la legitimidad general de los ACFIs.

Ya en materia de resolución de controversias, los ACFIs, además de los mecanismos de consulta y negociación, permiten a sus Estados partes solucionar a través del mecanismo de arbitraje las disputas relacionadas con su interpretación y/o aplicación,⁴² o controversias en las que se busque determinar la conformidad de una medida con el ACFI respectivo.⁴³ En este último aspecto los ACFIs se distinguen del mecanismo de arbitraje Estado-Estado previsto en los AII tradicionales, ya que estos últimos solo prevén la solución de disputas relacionadas con su aplicación o interpretación.⁴⁴ En cuanto al tema de transparencia y participación, solo el ACFI Brasil-Chile dispone que las deliberaciones del tribunal respectivo y los documentos correspondientes,⁴⁵ así como el laudo arbitral, sean públicos, a condición de

⁴¹ Véase, por ejemplo, CNUDMI, Grupo de Trabajo II, 53o.-58o. periodo de sesiones (Solución de controversias comerciales: preparación de una norma jurídica sobre la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y un Estado entablados en el marco de un tratado de inversión), disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/commission/working_groups/2Arbitration.html.

⁴² ACFI Brasil-Chile, artículo 25.

⁴³ ACFI Brasil-México, artículo 19, párr. 2; ACFI Brasil-Colombia, artículo 23, párr. 2. Acuerdo Perú-Brasil, artículo 2.21, párr. 2.

⁴⁴ Luque Macías, María José, "Inter-State Investment...", *cit.*, pp. 639-650.

⁴⁵ ACFI Brasil-Chile (versión en portugués), Anexo I, *Arbitragem entre as Partes*, artículo 5, párr. 2, lit. d.

que los Estados en disputa así lo consientan.⁴⁶ Los otros ACFIs, por el contrario, no garantizan explícitamente transparencia procesal ni participación de terceros en la resolución de disputas Estado-Estado. En consecuencia, reducir el potencial déficit de transparencia y participación del régimen de protección de inversiones no constituye un objetivo primordial para los Estados latinoamericanos que son partes firmantes de estos ACFIs. Por el contrario, la lógica subyacente al retorno al arbitraje entre Estados parece ser la reivindicación de la legitimidad del arbitraje como método alternativo de resolución de conflictos mediante la participación exclusiva de los “dueños del tratado”.⁴⁷ Esta tendencia se confirma sobre todo en aquellos ACFIs que permiten someter al arbitraje controversias acerca de la conformidad de una medida estatal alegada como disconforme con el ACFI respectivo,⁴⁸ tomando como referente el procedimiento de resolución de controversias de la Organización Mundial de Comercio (OMC), el cual se caracteriza por la resolución de este tipo de controversias exclusivamente entre Estados.⁴⁹ Si bien el tipo de reparación legal correspondiente a este tipo de controversias es simplemente compatibilizar la medida alegada como disconforme con el ACFI, otorgando al Estado cierta autonomía regulatoria para su cumplimiento, es cuestionable la idoneidad del sistema procesal de la OMC como modelo a seguir para estimular la transparencia y participación en la resolución de controversias entre Estados, ya que este sistema no se caracteriza por ser un régimen procesal altamente democrático.⁵⁰

III. LA TRANSPARENCIA PROCESAL Y LOS MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN EN UN FUTURO CENTRO UNASUR

La idea de la creación de un centro regional de arreglo de diferencias relativas a inversiones data de 2009, cuando los ministros de asuntos exteriores

⁴⁶ *Ibidem*, artículo 7, párr. 5.

⁴⁷ Igualmente, este argumento puede ser utilizado parcialmente en relación con el Centro Unasur, ya que administrará simultáneamente el arbitraje inversionista-Estado y Estado-Estado. En esta constelación, el Centro Unasur tendrá que dar respuestas a cuestiones teóricas que potencialmente podrían surgir de la interacción entre ambos procedimientos arbitrales. *Cfr.* Luque Macías, María José, “Reliance on Alternative...”, *cit.*, pp. 304-312.

⁴⁸ ACFI Brasil-Colombia, artículo 23, párr. 2; ACFI Brasil-México, artículo 19, párr. 2; Acuerdo Perú-Brasil, artículo 2.21, párr. 2

⁴⁹ OMC, Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, artículo XXIII, párr. 1, y Anexo 2, Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias, artículo 3, párr. 8.

⁵⁰ Luque Macías, María José, “Inter-State Investment...”, *cit.*, pp. 650-656.

de la Unasur manifestaron su gran inquietud acerca de la inobservancia de ciertos principios percibidos como esenciales por los Estados miembros en la resolución de este tipo de controversias.⁵¹ Por ejemplo, el Estado ecuatoriano en diversas ocasiones ha manifestado su descontento con este régimen de resolución de controversias, particularmente a raíz de la demanda presentada por Chevron a causa de un fallo en contra de esta empresa por daños ambientales en la selva ecuatoriana.⁵² Adicionalmente, este Estado creó una Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje en Materia de Inversiones (CAITISA) con la finalidad de determinar en qué medida estos tratados han traído inversión a su territorio.⁵³ En mayo de 2017, el informe final de auditoría fue presentado al ejecutivo y concluyó que, a pesar de que los AII no han atraído inversión al Estado ecuatoriano, los inversores extranjeros, amparados por los mismos, lo han demandado en un sinnúmero de ocasiones, en las cuales el Estado solo ha ganado el 32% de las demandas interpuestas en su contra.⁵⁴

En virtud de los diálogos iniciales mantenidos dentro de la Unasur, los Jefes de Estado y de Gobierno de la organización otorgaron un mandato al gobierno ecuatoriano para desarrollar una propuesta borrador,⁵⁵ que sirvió posteriormente como base inicial de la negociación de su tratado constitutivo por parte del grupo de trabajo de expertos en el arreglo de diferencias relativas a inversiones.⁵⁶ Hasta la fecha, a pesar de que este grupo de expertos ha celebrado doce reuniones de trabajo, la etapa de negociación parece que no ha concluido, ya que la Unasur no ha dado a conocer el texto oficial sobre el contenido de esta propuesta.⁵⁷ Sin embargo, estas reuniones

⁵¹ Cfr. Los cancilleres de Unasur dejaron listo el texto de declaración presidencial de Quito, Unasur, Secretaría General, Comunicado, 9 de agosto de 2009.

⁵² *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador* (Caso UNCITRAL, CPA Case Núm. 2009-23).

⁵³ La Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje en Materia de Inversiones (CAITISA) fue creada por el Ejecutivo mediante Decreto 1506, 6 de mayo de 2013, disponible en: <http://caitisa.org/index.php/home/2015-06-29-09-57-44>.

⁵⁴ CAITISA, *CAITISA entregó informe final de los TBI al Ejecutivo*, 8 de mayo de 2017, disponible en: <http://caitisa.org/index.php/noticias/boletines/informeejecutivo>.

⁵⁵ Cfr. Declaración final de la reunión extraordinaria del Consejo de Jefas y Jefes de Estado de la Unión de Naciones Suramericanas, Unasur, Secretaría General, 4 de mayo de 2010.

⁵⁶ Cfr. El Telégrafo, *Tratado Constitutivo de Centro de Arbitraje Unasur está prácticamente listo*, 16 de junio de 2014, disponible en: <http://www.eltelgrafo.com.ec/noticias/Pol%C3%ADtica/2/tratado-constitutivo-de-centro-de-arbitraje-de-unasur-esta-practicamente-listo>.

⁵⁷ Para una descripción sucinta del contenido de las reuniones de trabajo del mencionado grupo de expertos, así como de la propuesta borrador que data de 2014 sobre el

de trabajo se han celebrado a puerta cerrada y las actas finales de dichos encuentros no siempre se encuentran disponibles al público. Los avances de estas negociaciones han sido dados a conocer mediante boletines de prensa, o por profesionales que han tenido acceso a estos documentos.⁵⁸ Ante estas limitaciones fácticas, el tratado constitutivo de la Unasur y fuentes secundarias relacionadas servirán como punto de partida para comprobar si el Centro Unasur promovería transparencia procesal y la participación.

Dentro de la Unasur, la construcción de un espacio de integración y unión entre sus Estados miembros tiene como fines ulteriores el fortalecimiento de la democracia⁵⁹ y la reducción de las asimetrías entre los mismos en el marco de su soberanía.⁶⁰ En relación a su primer objetivo, dicho tratado lo asocia con la participación de sus ciudadanos en el mencionado proceso de integración.⁶¹ Sin embargo, aunque el Tratado de la Unasur no excluye la idea de crear un parlamento como órgano adicional dentro de su estructura institucional,⁶² el hecho de que hasta la fecha sus Estados miembros no hayan impulsado esta iniciativa confirma cierta tendencia a desestimar la importancia de la participación indirecta de sus propios ciudadanos mediante un órgano parlamentario que sujete a control adicional la actuación del ejecutivo ante dicho organismo regional.⁶³ De manera general, el proceso de negociación del Centro Unasur tampoco sugiere que la transparencia sea un valor importante, si tomamos en cuenta la no disponibilidad de los documentos de trabajo relacionados con esta propuesta.

contenido del Centro Unasur (Propuesta Borrador sobre un Acuerdo Constitutivo del Centro de Solución de Controversias en Materia de Inversiones de Unasur de 2014 (Propuesta borrador sobre el Centro Unasur de 2014)) véase Sarmiento, María Gabriela, *The Centre for the Settlement of Investment Disputes of the Unasur: Historical Background and Current Status of the Centre*, 2015, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2703587.

⁵⁸ *Idem*; véase también, Fach Gómez, Katia, y Titi, Catharine, *UNASUR Centre for the Settlement of Investment Disputes: Comments on the Draft Constitutive Agreement*, IISD-Investment Treaty News, 10 de agosto de 2016, disponible en: <http://www.iisd.org/itin/2016/08/10/unasur-centre-for-the-settlement-of-investment-disputes-comments-on-the-draft-constitutive-agreement-katia-fach-gomez-catharine-titi/>.

⁵⁹ Los Jefes y Jefes de Estado y de Gobierno de la Unasur adoptaron un Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo de la Unasur para introducir un mecanismo institucional aplicable en casos de desestabilización del orden democrático, constitucional o del ejercicio de poder de uno de sus miembros. Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo de Unasur sobre Compromiso con la Democracia, artículo 1.

⁶⁰ Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas, artículo 2.

⁶¹ *Ibidem*, artículo 18.

⁶² *Ibidem*, artículo 17.

⁶³ Rivero Aracena, Juan Carlos, *Democracia e integración: una propuesta para Unasur*, Universidad Andina Simón Bolívar, 2015, disponible en: <http://hdl.handle.net/10644/4789>.

A su vez, este fenómeno podría ser entendido como una expresión de la soberanía que implícitamente defienden los Estados sudamericanos, a saber aquella relacionada con la protección del poder público del ejecutivo.⁶⁴ De hecho, parecería que el objetivo de “reducir las asimetrías entre los miembros de Unasur en el marco de su soberanía” tendrá un papel importante en el ámbito normativo del Centro Unasur. La propuesta borrador prevé que el Centro Unasur ofrezca soporte institucional y procesal a tribunales arbitrales con la finalidad de promover inversiones y de esta manera contribuir al desarrollo de sus Estados miembros.⁶⁵ Esto bajo la condición de que la soberanía del Estado involucrado sea respetada mediante la solicitud de su consentimiento para someter la controversia con el inversor ante el tribunal arbitral *cada vez* que surja una controversia entre las partes.⁶⁶ De este modo, la propuesta borrador del Centro Unasur buscaría garantizar la prevención de demandas arbitrales inesperadas en base a las cláusulas compromisorias de los AII que usualmente contienen el consentimiento implícito de los Estados partes, y así preservar el ejercicio de la soberanía de sus futuros Estados miembros, como se detalla a continuación.⁶⁷ Según la propuesta borrador, la jurisdicción del Centro Unasur se extenderá a *disputas* legales relativas a inversiones⁶⁸ que surjan entre *un Estado* miembro de la Unasur y *un nacional de otro Estado* miembro, siempre y cuando dicho Estado haya consentido someterse a su jurisdicción.⁶⁹ Adicionalmente, el futuro Centro Unasur podría ejercer jurisdicción sobre disputas que impliquen a un Estado no miembro de la Unasur, contando con su consentimiento

⁶⁴ Algunos autores sostienen que la concepción de democracia que ha prevalecido en la Unasur es aquella centrada principalmente en la defensa de la soberanía de sus Estados miembros, y la protección del ejercicio del poder público del ejecutivo. A esta conclusión llega por ejemplo Mariela Morales, al comparar los instrumentos que rigen este principio dentro de la Unasur, la Organización de Estados Americanos (OEA) y el Mercosur. Morales Antoniazzi, Mariela, “Mercosurización de la democracia y los derechos humanos: ¿Reaseguro para su vigencia versus regresión con Unasur?”, *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, núm. 1, 2014, pp. 59-120. En su opinión, la Unasur desconoce una concepción de democracia estrechamente vinculada al resguardo de los estándares y principios que rigen la protección regional e internacional de derechos humanos, que ya reconocen instrumentos regionales tales como la Carta Democrática Interamericana de la OEA, o los Protocolos de Ushuaia y Asunción del Mercosur. *Ibidem*, pp. 90-109.

⁶⁵ Propuesta borrador sobre el Centro Unasur de 2014, preámbulo.

⁶⁶ *Idem*.

⁶⁷ von Papp, Konstanze, “Biting the Bullet or Redefining «Consent» in Investor-State Arbitration? Pre-Arbitration Requirements after BG Group v. Argentina”, *Journal of World Investment and Trade*, vol. 16, núm. 4, 2015, p. 695.

⁶⁸ Propuesta borrador sobre el Centro Unasur, artículo 3, párr. 4.

⁶⁹ *Ibidem*, artículo 5, párr. 2, núm. 1, lit. b.

previo para dicho efecto. Por consiguiente, las controversias entre un Estado no miembro de la Unasur y un nacional de un Estado miembro de la Unasur podrán ser sometidas a la jurisdicción del Centro, a condición de que el Estado receptor de inversiones y el Estado miembro de la Unasur acepten someter esta clase de disputas a la jurisdicción de Centro Unasur, mediante su instrumento de ratificación o acceso al tratado constitutivo del Centro Unasur.⁷⁰ De forma similar al CIADI, tanto el Estado miembro de la Unasur como el nacional definido previamente tendrían la legitimación activa para someter una disputa relativa a la inversión al arbitraje en el Centro Unasur.⁷¹ Igualmente, el Centro Unasur también tendrá jurisdicción para administrar *disputas* relativas a inversiones que surjan *entre Estados* sobre la interpretación y la aplicación de AII de los cuales ambos sean partes y en los que hayan establecido dicho mecanismo de arbitraje para este propósito,⁷² sean ambos Estados miembros de la Unasur⁷³ o un Estado no miembro de la Unasur y un Estado miembro, a condición de ambos acepten someterse a esta clase de disputas en el depósito de su instrumento de ratificación o acceso al tratado constitutivo del Centro Unasur.⁷⁴

Ahora bien, bajo el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia, el nuevo estándar para legitimar el régimen de protección de inversiones consiste en exigir, a las partes contendientes y a los árbitros, la divulgación de información relacionada con el proceso arbitral, así como garantizar la participación de partes no contendientes. Lo que se conoce de la propuesta borrador del Centro Unasur refleja la poca relevancia de estos estándares, al tratar la transparencia procesal y la participación de partes no contendientes como un asunto opcional y complementario en la resolución de estas controversias. Un ejemplo de ello es que, bajo la propuesta borrador, solo estarán a disposición del público el registro de la petición de arbitraje⁷⁵ y los laudos arbitrales, excepto a negativa de las partes,⁷⁶ mientras que en relación a la presentación de escritos *amicus curiae*, así como en lo relativo a estos aspectos procesales en el arbitraje Estado-Estado, las disposiciones son inexistentes. Si bien los aspectos no considerados pueden ser posteriormente incorporados a las normas del mecanismo que la propia propuesta ya menciona que se adoptarán complementariamente, el estado actual de

⁷⁰ *Ibidem*, artículo 5, párr. 2, núm. 1, lit. d; en conjunto con artículo 5, párr. 3.

⁷¹ *Ibidem*, artículo 18, párr. 1.

⁷² *Ibidem*, artículo 3, párr. 4.

⁷³ *Ibidem*, artículo 5, párr. 2, núm. 1, lit. a.

⁷⁴ *Ibidem*, artículo 5, párr. 2, núm. 1, lit. c; en conjunto con artículo 5, párr. 3.

⁷⁵ *Ibidem*, artículo 18, párr. 3.

⁷⁶ *Ibidem*, artículo 22.

dicha propuesta indica que el Centro Unasur no promueve la transparencia procesal y la participación de conformidad con los nuevos estándares. De hecho, algunos AII nuevos, tales como los mega-regionales, ya prevén la aplicación del Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia, y de esta forma imponen, a las partes procesales, el deber transparentar sus actuaciones e involucrar a posibles afectados.

IV. CONCLUSIÓN Y PERSPECTIVA

Los ACFIs y el Centro Unasur no pretenden reducir el déficit de transparencia y participación, que también afecta a la legitimidad del régimen de protección de inversiones, en la forma en que lo hace el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia. En ambos, la promoción de la transparencia procesal está en la mayoría de los casos sujeta a la discrecionalidad de los Estados u órganos encargados de su implementación, y las garantías que permitan la participación de terceros están ausentes en estas propuestas. Al contrario, en vez de legitimar este régimen ante los ojos de los afectados por actividades extranjeras de inversión, parecería que ambas iniciativas procuran legitimar dicho régimen ante los Estados involucrados, mediante la incorporación de diversos mecanismos que salvaguardan su soberanía.

Ciertamente, desconocer los aspectos colaterales positivos de la transparencia procesal y la participación de terceros en la resolución de estas controversias podría traer consigo desventajas para el propio funcionamiento de ambas iniciativas. El acceso a información concerniente a estos procesos permitiría mejorar la calidad de la conducción de los mismos y de las deliberaciones de los árbitros, así como facilitar el conocimiento de su razonamiento jurídico en relación a los argumentos de política pública que el Estado demandado invoque en un caso determinado.

Ante este panorama, ¿existen alternativas que garanticen un mayor grado de legitimidad en la resolución de controversias relativas a inversiones? En el contexto europeo, a raíz de la negociación del TTIP entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América, algunos autores han sugerido la re-consideración de las cortes domésticas como organismos jurisdiccionales idóneos para la resolución de controversias inversor-Estado,⁷⁷ mientras que la Unión Europea (UE) ha presentado una propuesta en la

⁷⁷ Stoll, Peter-Tobias y Holterhus, Till, “The «Generalization» of International Investment Law in Constitutional Perspective”, en Hindelang, Steffen y Krajewski, Markus (eds.), *Shifting Paradigms in International Investment Law, More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 339-356.

que sugiere la adopción de un sistema de tribunales de inversiones (*investment court system*) para que resuelva las disputas que puedan originarse en el marco del TTIP.⁷⁸ En el contexto latinoamericano, en cambio, el retorno a las cortes nacionales ha sido una opción escasamente discutida a causa de las afirmaciones generalizadas sobre la falta de independencia y/o experticia de dichas cortes para resolver esta clase de controversias internacionales.⁷⁹ En relación con el establecimiento de un organismo jurisdiccional regional, se desconoce si el grupo de expertos discutió al menos concebir al Centro Unasur como una corte regional.

Alternativamente, si el interés de los Estados fuera limitar la solución de controversias relativas a inversiones al ámbito exclusivamente inter-estatal, y reforzar la legitimidad del régimen de solución de controversias relativas a inversiones, los mismos podrían volver la mirada a la Corte Internacional de Justicia.⁸⁰ Todos los Estados miembros de las Naciones Unidas tienen acceso a su jurisdicción, los costos son considerablemente menores si se los compara con los costos asociados a la solución de controversias en el contexto arbitral, y en particular, la transparencia está garantizada durante todas las etapas del proceso.

⁷⁸ Comisión Europea, *Un futuro tribunal...*, cit. En este sentido, la UE manifestó su gran interés de adoptar este sistema de tribunales de inversiones en todos los acuerdos comerciales que negocie. Véase Comisión Europea, *La Comisión propone un nuevo Sistema de Tribunales de Inversiones para la ATCI y para otras negociaciones comerciales y de inversión de la UE*, comunicado de prensa del 16 de septiembre de 2015, disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5651_es.htm. Consecuentemente, la UE y Canadá acordaron en el 2016 incluir este sistema contemplado en el marco del TTIP en el Acuerdo Económico y Comercial Global (en sus siglas en inglés CETA) ya concluido en el 2014. Véase Comisión Europea, *CETA: EU and Canada agree on new approach on investment in trade agreement*, comunicado de prensa del 29 de febrero de 2016, disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-399_en.htm. De igual forma, el tratado de libre comercio celebrado entre la UE y Vietnam en el 2016 incluye este sistema en su capítulo 13. Véase Comisión Europea, *News archive: EU-Vietnam Free Trade Agreement: Agreed text as of January 2016*, disponible en: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1437>.

⁷⁹ Perrone, Nicolás M., “La protección de la inversión extranjera, jueces nacionales y proyecto regional: el caso argentino y de la Unasur”, en Álvarez, José et al. (eds.), *Estado y futuro del derecho económico internacional en América Latina (I Conferencia Bianual de la Red Latinoamericana de Derecho Económico Internacional)*, Universidad Externado de Colombia, 2013.

⁸⁰ Las controversias relativas a inversiones no son desconocidas en la Corte Internacional de Justicia; de hecho, este organismo ha resuelto las siguientes disputas entre Estados: Corte Internacional de la Justicia, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Rep. 1964, p. 6; *Eletronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)*, Judgment, ICJ Rep. 1989, p. 15; y *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Preliminary Objections, ICJ Rep. 2007, p. 582.

INVERSIONES INTERNACIONALES Y CORRUPCIÓN EN AMÉRICA LATINA: LA FUNCIÓN DEL ARBITRAJE DE INVERSIONES EN EL AVANCE DE LA INSTITUCIONALIDAD DEMOCRÁTICA

Katia FACH GÓMEZ*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La lucha anticorrupción y la defensa de la institucionalidad en América Latina: agentes endógenos y exógenos.* III. *La actitud del arbitraje de inversiones ante la corrupción internacional.* IV. *El papel del arbitraje de inversiones en la lucha anticorrupción y en la defensa de la institucionalidad: propuestas jurídicas.*

I. INTRODUCCIÓN

Las últimas cifras ofrecidas por el Banco Mundial en materia de corrupción son sobrecogedoras: al año se abonan 1,5 billones de USD en sobornos, llegando a constituir la corrupción aproximadamente el 2% del producto interior bruto mundial.¹ Este trabajo va a centrar su atención en la corrupción en el contexto de las inversiones internacionales que se realizan en Latinoamérica. La trama

* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Zaragoza (España) y miembro del Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR) de la Universidad Complutense de Madrid. La elaboración de este artículo se enmarca dentro de un proyecto de investigación financiado por la *Humboldt Stiftung (Forschungsstipendium für erfahrene Wissenschaftler)*. La autora también es miembro de los proyectos de investigación DER2016-80568-R, DER2017-85585-P, LegMIBIO S12_17R DGA. Dirección de contacto: katiafachgomez@gmail.com. En espera de la publicación de la presente obra colectiva, una versión anterior de este capítulo fue publicada como documento de trabajo en Fach, Katia, *Inversiones internacionales y corrupción en América Latina: la función del arbitraje de inversiones en el avance de la institucionalidad democrática*, Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper núm. 2017-23, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3052228.

¹ Banco Mundial, *Combating Corruption*, 26 de septiembre de 2017, disponible en: <http://www.worldbank.org/en/topic/governance/brief/anti-corruption>.

Odebrecht, que lleva meses copando las portadas de los periódicos de todo el mundo, es un triste exponente de cómo la corrupción es un tema crucial en América Latina. Tras exponer cómo en esta región confluyen los esfuerzos anticorrupción de agentes muy diversos, el presente estudio analiza la actitud que hasta el momento ha adoptado el arbitraje de inversiones respecto de la corrupción internacional. El objetivo final de dicho análisis es presentar de forma argumentada una serie de propuestas jurídicas que hagan del arbitraje de inversiones una herramienta más eficaz en la lucha contra la corrupción en Latinoamérica. Al ir desgranándose este análisis, el hilo conductor del derecho económico internacional se va a ir entrecruzando con diversas hebras pertenecientes a la esfera del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL).

II. LA LUCHA ANTICORRUPCIÓN Y LA DEFENSA DE LA INSTITUCIONALIDAD EN AMÉRICA LATINA: AGENTES ENDÓGENOS Y EXÓGENOS

En el contexto anglosajón, las definiciones de la compleja noción de *rule of law* siempre incluyen el elemento de la ausencia de corrupción.² En el contexto latinoamericano, la no menos compleja noción de —falta de— institucionalidad también aparece vinculada al factor de la —existencia de— corrupción.³ Esta sección va a centrar su atención en la figura de la corrupción en Latinoamérica, sin perder de vista su conexión con los conceptos jurídicos recién mencionados.

1. *La corrupción en América Latina*

Los grandes retos que el fenómeno de la corrupción plantea en Latinoamérica requieren que la lucha anticorrupción se articule desde distintos frentes

² McCorquodale, Robert T., “Defining the International Rule of Law: Defying Gravity”, *International Comparative Law Quarterly*, vol. 65, núm. 2, 2016, pp. 277-304, especialmente pp. 280-282.

³ La falta de institucionalidad se ejemplifica como “la falta de diferenciación entre un cargo público y su titular”, siendo la corrupción “una expresión evidente de un fenómeno que, cuando alcanza a ser sistémico, corroe el Estado de derecho. El núcleo del concepto de institución puede resumirse de la siguiente manera: una institución se compone de prácticas sociales firmemente establecidas, prácticas que transcurren en su mayor parte independientemente de los individuos que ocupan el cargo”. 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, p. 22.

y con la participación de múltiples agentes. Un análisis completo de los perfiles, estrategias y efectividad de los diversos agentes anticorrupción haría imprescindible un estudio multidisciplinar. En él, aparte de la faceta jurídica, tendrían que abordarse también numerosos aspectos estudiados por las ciencias políticas, la economía, la sociología y, en general, por las ciencias sociales.⁴

La temática del presente capítulo, así como sus limitaciones formales, conducen a que este apartado se centre en ofrecer —únicamente desde la perspectiva jurídica— unas pinceladas respecto de los principales agentes endógenos y exógenos en la lucha anticorrupción y en la defensa de la institucionalidad en Latinoamérica. Los principales agentes endógenos de la lucha anticorrupción a los que va a aludir esta sección (entendidos en el presente contexto como agentes que forman parte de las naciones latinoamericanas) son el Estado, el sector empresarial, la sociedad civil y las organizaciones no gubernamentales (ONG). Tres reseñables agentes exógenos en la pugna anticorrupción que serán abordados en la parte final de esta sección (entendidos en el presente contexto bien como agentes supranacionales o bien como agentes no pertenecientes al contexto latinoamericano) son los organismos regionales, las organizaciones financieras internacionales y países como Estados Unidos.

Al comenzar este análisis es necesario realizar una puntualización inicial, subrayando que Latinoamérica no debe concebirse como una región homogénea. Esta premisa es también aplicable en materia de institucionalidad y corrupción,⁵ ya que son una multiplicidad de factores jurídicos y extrajurídicos (naturaleza del régimen político, nivel de descentralización

⁴ Para una muestra de las apasionantes conexiones entre las ciencias jurídicas y el resto de ciencias sociales en materia de corrupción, véase por ejemplo, Zalpa, Genaro *et al.*, “El que a buen árbol se arrima. Intercambio de favores y corrupción”, *Cultura y Representaciones Sociales*, vol. 9, núm. 17, 2014, pp. 173 y 174, “el problema que representa involucrar a la población en la lucha contra algo que la mayoría no considera corrupción... lo que tenemos es un problema cultural, que no se resuelve con medidas administrativas o legales sino con estrategias culturales... La significación que tiene para la sociedad el intercambio de favores y su relación con la corrupción se presenta, precisamente, como una problemática cultural. Si el intercambio de favores, más que como corrupción se ve como una obligación social que no solo no es reprochable sino encomiable, difícilmente se podrá combatir. E igual consideración debe hacerse acerca de la corrupción burocrática, la que no involucra en cada transacción grandes cantidades de dinero”. Explicando cómo las características de la sociedad latinoamericana inciden en el grado de éxito de las convenciones internacionales anticorrupción, Husted, Bryan W., “Culture and International Anti-Corruption Agreements in Latin America”, *Journal of Business Ethics*, vol. 37, núm. 4, 2002, pp. 413-422.

⁵ Reflejando algunos datos estadísticos en la materia, Singer, Matthew M. *et al.*, “Corruption in the Americas”, en Zechmeister, Elizabeth J. (ed.), *The Political Culture of Democracy in the Americas. 2014: Democratic Governance Across 10 Years of the Americas Barometer*, Vander-

administrativa,⁶ grado de independencia de las instituciones respecto del Poder Ejecutivo, momento del ciclo económico y parámetros macroeconómicos, variables de naturaleza social, etcétera) los que confluyen para perfilar las características propias de cada país latinoamericano.

Estas diferencias quedan bien reflejadas en los distintos indicadores internacionales que abordan la cuestión de la corrupción. Mientras que la edición de 2015 del Índice de Percepción de Corrupción elaborado por la ONG Transparencia Internacional sitúa a Estados como Venezuela, Nicaragua y Honduras entre los países más corruptos del planeta, otros países como Uruguay y Chile⁷ obtienen por el contrario resultados más positivos que muchos países considerados como democracias consolidadas del primer mundo.⁸ Otros indicadores como los *World Governance Indicators*,⁹ el *Rule of Law Index* elaborado por el *World Justice Project*¹⁰ o *Trace Matrix*¹¹ ratifican asimismo altos niveles de corrupción en muchos países latinoamericanos, apuntando no obstante la buena salud en esta materia de algunos otros.¹² Es por ello que aunque en este trabajo se puedan incluir alusiones genéricas a América Latina, se hace a sabiendas de que la corrupción no afecta a todos sus países por igual.

bilt University, 2014, pp. 139-159, disponible en: https://www.vanderbilt.edu/lapop/ab2014/AB2014_Comparative_Report_English_V3_revised_011315_W.pdf.

⁶ Se apunta que la descentralización política en países latinoamericanos ha ayudado a alcanzar una mejor prestación de servicios y bienes públicos, incrementando el desarrollo territorial y reduciendo desigualdades entre regiones; Ruiz-Duran, Clemente, “Decentralization and Democracy in Latin America: Reshaping the Development Paradigm”, en Cuadrado-Roura, Juan R. y Aroca, Patricio (eds.), *Regional Problems and Policies in Latin America*, Berlín, Springer, 2013, p. 447.

⁷ Mizrahi, Dario, “Cómo hicieron Chile y Uruguay para ser los países menos corruptos”, *Infobae*, 13 de abril de 2014, disponible en: <http://www.infobae.com/2014/04/13/1556812-como-hicieron-chile-y-uruguay-ser-los-paises-menos-corruptos/>.

⁸ Transparencia Internacional, *Table of results: Corruption Perceptions Index 2015*, disponible en: <http://www.transparency.org/cpi2015#results-table>.

⁹ El Banco Mundial realiza mediciones respecto de seis indicadores de gobierno, siendo uno de ellos el control de la corrupción, véase <http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.aspx#countryReports>.

¹⁰ Uno de los factores analizados por este índice es la ausencia de corrupción, disponible en: http://worldjusticeproject.org/sites/default/files/roli_2015_0.pdf.

¹¹ Véase <http://traceinternational.org/trace-matrix>.

¹² Compárense, por ejemplo, las diferencias abismales que muestran los informes nacionales de los *World Governance Indicators* de Chile (por encima de 90 en 2014) y Venezuela (por debajo de 5 en el mismo año) en materia de control de corrupción. El *Rule of Law Index* coloca a Venezuela como el último país latinoamericano en el ranking regional de ausencia de corrupción, mientras que Uruguay es el primero de dicho ranking.

Actualmente es incuestionable que los efectos que la corrupción provoca en el Estado son adversos.¹³ Fundamentalmente, la corrupción debilita la estructura estatal, provocando graves daños en la maquinaria gubernamental, y asimismo degrada la confianza de la ciudadanía en el Estado.¹⁴ Esto es, la corrupción frena el desarrollo de la institucionalidad, ahondando en los déficits sistémicos que se les achacan a los países latinoamericanos (hiper-presidencialismo, débil normatividad de las disposiciones legales, exclusión de grupos sociales desfavorecidos, etcétera).¹⁵ En situaciones extremas, la corrupción sistémica puede incluso derivar en desórdenes y conflictos civiles.¹⁶

Los tres poderes del Estado se ven afectados negativamente por la corrupción. En relación con el Poder Judicial, las diferentes características, *status quos* y herramientas legislativas¹⁷ disponibles en los diversos países latinoamericanos traen consigo, como consecuencia lógica, que el Poder Judicial de la región tampoco se enfrente de una forma homogénea a los casos de corrupción que ha de juzgar. Igualmente, la corrupción del propio estamento judicial está influenciada por el grado de lozanía del Estado de derecho en cada país.¹⁸ Doctrina especializada en la materia incide en la importancia

¹³ Por el contrario, se afirma que hasta los años sesenta, muchos economistas alegaban que la corrupción potenciaba la eficiencia de países débiles y con un pobre nivel de funcionamiento; Kulick, Andreas, *Global Public Interest in International Investment Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, especialmente p. 307.

¹⁴ Muy ilustrativo en este sentido es el preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción: “Convencidos de que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos, considerando que la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio; persuadidos de que el combate contra la corrupción fortalece las instituciones democráticas, evita las distorsiones de la economía, vicios en la gestión pública y el deterioro de la moral social; reconociendo que, a menudo, la corrupción es uno de los instrumentos que utiliza la criminalidad organizada con la finalidad de materializar sus propósitos...”; Convención Interamericana contra la Corrupción, disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corruptcion.asp.

¹⁵ von Bogdandy, Armin, *op. cit.*

¹⁶ Fiscal Affairs and Legal Departments of the International Monetary Fund, *Corruption: Costs and Mitigating Strategies*, IMF Staff Discussion Note. SDN/16/05, 2016, disponible en: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2016/sdn1605.pdf>.

¹⁷ Véase una reflexión sobre el “derecho fallido” de Latinoamérica en Nwaburzor, Augustine, “Corruption and Development: New Initiatives in Economic Openness and Strengthened Rule of Law”, *Journal of Business Ethics*, vol. 59, núms. 1-2, 2005, pp. 121-138.

¹⁸ Blake, Charles H. y Morris, Stephen D., *Corruption & Democracy in Latin America*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 2009.

del estamento judicial en Latinoamérica, cuya fortaleza institucional es un elemento clave en la lucha contra la corrupción.¹⁹ No obstante, el panorama actual del Poder Judicial en Latinoamérica no es valorado de forma demasiado esperanzadora.²⁰ Tal vez los déficits que se le imputan al estamento judicial latinoamericano sean uno de los motivos que justifique, como más adelante expondrá el presente trabajo, la necesidad de que los árbitros internacionales adopten un posicionamiento activo en la lucha contra la corrupción.

Es bien sabido que la corrupción no es una pandemia propia únicamente del ámbito estrictamente político. Los tentáculos de la corrupción también alcanzan con mucha frecuencia el mundo empresarial. En este ámbito, son abundantes los casos de contratos de obras públicas, infraestructuras o explotación de recursos naturales en los que se convocan concursos públicos de adjudicación y sobre cuya consecución planea la oscura sombra de la corrupción.²¹ Este tipo de negocios suelen tener un componente internacional, al ser una empresa con participación extranjera la que lleva a cabo la inversión. En ocasiones se sospecha que esa empresa ha incentivado o llevado a cabo el acto calificado como corrupto, haciendo beneficiario de él a un funcionario del Estado de acogida de la inversión, o a un político o a una persona cercana a estos. La doctrina apunta a que la corrupción supone una barrera de entrada al mercado, que reduce la competencia e incentiva conductas colusorias. Además, el coste de la corrupción se repercute, bien en los precios finales más elevados que pagan los consumidores, o bien en la reducción de la calidad del producto o servicio.²²

¹⁹ Bohn, Simone R., “Corruption in Latin America: Understanding the Perception-Exposure Gap”, *Journal of Politics in Latin America*, vol. 4, núm. 3, 2012, pp. 67-95.

²⁰ Kapiszewski, Diana y Taylor, Matthew M., “Doing Courts Justice? Studying Judicial Politics in Latin America”, *Perspectives on Politics*, vol. 6, núm. 4, 2008, pp. 741-767; Steinitz, Maya y Gowder, Paul A. Jr., “Transnational Litigation As A Prisoner’s Dilemma”, *North Carolina Law Review*, vol. 94, núm. 3, 2016, pp. 751-867; Basabe-Serrano, Santiago, “Explicando la corrupción judicial en las cortes intermedias e inferiores de Chile, Perú y Ecuador”, *Perfiles Latinoamericanos*, vol. 21, núm. 42, 2013, pp. 79-108, disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-76532013000200004.

²¹ Quiroga Anticona, Danny, “Imputación de actos de corrupción en la contratación pública y su implicancia en el arbitraje de contrataciones con el Estado”, partes I y II, *Enfoque Derecho*, 31 de enero de 2017 y 1 de febrero de 2017, respectivamente, disponibles en: <http://enfoquederecho.com/civil/imputacion-de-actos-de-corrupcion-en-la-contratacion-publica-y-su-implicancia-en-el-arbitraje-de-contrataciones-con-el-estado/> y <http://enfoquederecho.com/procesal/imputacion-de-actos-de-corrupcion-en-la-contratacion-publica-y-su-implicancia-en-el-arbitraje-de-contrataciones-con-el-estado-parte-ii/>.

²² Boehm, Frédéric y Olaya, Juanita, “Corruption in Public Contracting Auctions: The Role of Transparency in Bidding Processes”, *Annals of Public and Cooperative Economics*, vol. 77, núm. 4, 2006, pp. 431-452.

Existen estudios doctrinales que analizan los factores que inciden en la decisión de inversores extranjeros de acceder al mercado latinoamericano, apuntándose que en la recepción de inversión extranjera directa (IED) influyen circunstancias como la situación del Estado de derecho y la solidez del Poder Judicial.²³ También se subraya la importancia que las libertades económicas tienen para el inversor extranjero.²⁴

En este punto, ha de tenerse en cuenta que Latinoamérica posee una muy relevante industria extractiva, siendo la explotación de recursos naturales —petróleo, gas y minerales— uno de los principales motores económicos de países como Venezuela, Colombia, Perú o Argentina. En este sector industrial, en el que suele haber una alta participación del Estado, es frecuente que se destapen casos de corrupción. En el plano doctrinal se han sugerido algunas reformas estructurales para Latinoamérica, con el fin de hacer frente a la conocida como “maldición de los recursos”.²⁵ Así, se ha propuesto la creación de organismos de control autónomos y la privatización de la industria extractiva, afirmándose que dichas medidas reducirían el número de arbitrajes de inversiones,²⁶ aumentarían la productividad y harían decrecer el riesgo de corrupción²⁷ —reformas que no obstante parecen poco plausibles en algunos contextos nacionales actuales.²⁸ En este ámbito son

²³ Staats, Joseph L. y Biglaiser, Glen, “Foreign Direct Investment in Latin America: The Importance of Judicial Strength and Rule of Law”, *International Studies Quarterly*, vol. 56, núm. 1, 2012, pp. 193–202. Estos resultados no son contradictorios con el hecho de que algunas empresas busquen justamente países con un “*poor governance environment*” para llevar a cabo sus inversiones; Subasat, Turán y Bellos, Sotirios, “Governance and Foreign Direct Investment in Latin America: A Panel Gravity Model Approach”, *Latin America Journal of Economics*, vol. 50, núm. 1, 2013, p. 127.

²⁴ Mathur, Aparna y Singh, Kartikeya, “Foreign Direct Investment, Corruption, and Democracy”, *Applied Economics*, vol. 45, núm. 8, 2011, pp. 991-1002; Okada, Keisire y Samreth, Sovannroeun, “How Does Corruption Influence the Effect of Foreign Direct Investment on Economic Growth?”, 2010, disponible en: https://mpra.ub.uni-muenchen.de/27572/1/MPPA_paper_27572.pdf.

²⁵ Bonniticha, Jonathan, “Foreign Investment, Development and Governance. What International Investment Law Can Learn from the Empirical Literature on Investment”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 7, núm. 1, 2016, pp. 37-40.

²⁶ Dupont, Cédric *et al.*, “Types of Political Risk Leading to Investment Arbitration in the Oil and Gas Sector”, *Journal of World Energy Law and Business*, vol. 8, núm. 4, 2015, pp. 337-361.

²⁷ Wren-Lewis, Liam, “Do Infrastructure Reforms Reduce the Effect of Corruption? Theory and Evidence from Latin America and the Caribbean”, *The World Bank Economic Review*, vol. 29, núm. 2, 2013, pp. 353-384; Nwaburzor, Augustine, *op. cit.*, p. 121.

²⁸ Fach Gómez, Katia, “Legal Obstacles to International Investments in Venezuela and Anti-Corruption Policy”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 50, núm. 149, mayo-agosto de 2017.

también reseñables proyectos como la Iniciativa para la Transparencia de las Industrias Extractivas (EITI), que ha sido implementada por los gobiernos de Perú y Guatemala.²⁹ El objetivo de dicha iniciativa —de origen exógeno— es incrementar la transparencia respecto del origen de los pagos e ingresos que se generan en el contexto de las industrias extractivas.³⁰

La corrupción afecta a la totalidad de la ciudadanía, ralentizando el crecimiento económico inclusivo³¹ que tanto se anhela en Latinoamérica. Para implantarse en la región una cultura anticorrupción, se argumenta que es necesario contar con una sociedad civil informada, organizada e involucrada en la lucha anticorrupción.³² En este empoderamiento de la sociedad civil latinoamericana han desempeñado un papel crucial las ONG —nacionales e internacionales— con subsele en Latinoamérica.³³

2. Algunas iniciativas jurídicas contra la corrupción

Entre los diversos agentes exógenos que inciden en el *statu quo* de la corrupción en Latinoamérica, el presente trabajo va a centrar su atención en los tres siguientes: entes supranacionales que han elaborado convenciones anticorrupción en vigor en la región; instituciones financieras internacionales que han puesto en marcha diversas iniciativas anticorrupción en los países la-

²⁹ Véase el estado de implementación, disponible en: <https://eiti.org/es/node/3383>.

³⁰ EITI, *Manual de la Iniciativa para la Transparencia de las Industrias Extractivas*, 2005, disponible en: <https://eiti.org/sites/default/files/documents/sourcebookspanishapril06.pdf>.

³¹ Fiscal Affairs and Legal Departments of the International Monetary Fund, *op. cit.*

³² Maldonado, Patricio y Berthin, Gerardo D., “Transparency and Developing Legal Frameworks to Combat Corruption in Latin America”, *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, vol. 10, núm. 2, 2004, p. 101.

³³ Boswell, Nancy Zucker, “The Contribution of the Civil Society/NGO Sector”, *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, vol. 92, 1998, pp. 165-172. Una defensa de los beneficios de implementar normas que regulen las actividades de los grupos de interés —*lobbies*—, ya que ello contribuye a incrementar la transparencia y la cultura anticorrupción, se recoge en Dos Santos, Luiz Alberto y Teixeira da Costa, Paulo Mauricio, “The Contribution of Lobby Regulation Initiatives in Addressing Political Corruption in Latin America”, *Journal of Public Affairs*, vol. 14, núm. 3, 2014, pp. 379-391; Guertzovich, Florencia, *Effectiveness of International Anticorruption Conventions on Domestic Policy Changes in Latin America*, 2012, disponible en: <https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/international-anticorruption-conventions-20120426.pdf>. Desde la perspectiva de los derechos humanos, véase Peters, Anne, *Corruption as a Violation of International Human Rights*, Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper núm. 2016-18, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2805099>.

inoamericanos; y países no latinoamericanos cuya legislación anticorrupción produce efectos extraterritoriales en América Latina.

La Organización de los Estados Americanos (OEA) es un buen ejemplo del agente exógeno recién citado en primer lugar. La OEA es el organismo regional más antiguo del mundo y ostenta también el honor de haber auspiciado el primer tratado multilateral en materia de corrupción. La Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)³⁴ de la OEA entró en vigor en el año 1997 y se considera un hito en la materia, siendo fuente de inspiración para textos posteriores,³⁵ tales como la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción,³⁶ la Convención de la OCDE para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales³⁷ y el Convenio Penal del Consejo de Europa sobre la corrupción.³⁸ La CICC se encuentra actualmente en vigor en 33 países del continente americano,³⁹ y a través de sus 28 artículos —algunos con un enfoque prioritariamente interno y otros internacional— se abordan tres

³⁴ Kulick, Andreas, *op. cit.*

³⁵ Existen otros textos internacionales que abordan la cuestión de la corrupción desde otras perspectivas jurídicas, como sucede con el Convenio Civil sobre la corrupción del Consejo de Europa. En relación con los efectos civiles que la corrupción provoca en contratos comerciales —cuestión que excede el objeto del presente trabajo—, véase Bonell, Michael Joachim y Meyer, Ola (eds.), *The Impact of Corruption on International Commercial Contracts*, Berlín, Springer, 2015; Raeschke-Kessler, Hilmar y Gottwald, Dorothee, “Corruption in Foreign Investment-Contracts and Dispute Settlement between Investors, States and Agents”, *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 9, núm. 1, 2008, pp. 1-33. También existen diversos textos de naturaleza no vinculante en la materia, como las Reglas de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) para combatir la corrupción, disponible en: <http://www.iccwbo.org>. Vinccke, François, “Emerging Control of and Sanctions against Corruption: The International Chamber of Commerce”, en Manacorda, Stefano *et al.* (eds.), *Preventing Corporate Corruption: The Anti-Bribery Compliance Model*, Berlín, Springer, 2014, pp. 295-307.

³⁶ Entre los 140 Estados parte de esta Convención —de carácter global y con un contenido más extenso y completo que la CICC— se encuentra la inmensa mayoría de los países latinoamericanos —salvo Belice, Surinam, San Vicente y las Granadinas y San Cristóbal y Nieves—, disponible en: <https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/signatories.html>. Comparando esta Convención con la CICC, Vargas, Edmundo, “La lucha contra la corrupción en la agenda regional e internacional”, *Nueva Sociedad*, núm. 194, 2004.

³⁷ Son Estados parte de esta Convención algunos países latinoamericanos como Chile, México, Argentina, Brasil, y Colombia, disponible en: https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf. Un análisis de este texto y el de Naciones Unidas aparece recogido en Rose, Cecily, *International Anti-Corruption Norms: Their Creation and Influence on Domestic Legal Systems*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

³⁸ Véase lista de los tratados del Consejo de Europa, disponible en: <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list>.

³⁹ Estado de firmas y ratificaciones, disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanas_B-58_contra_Corrupcion_firmas.asp.

frentes fundamentales de la lucha contra la corrupción: la prevención de la corrupción —presentándose medidas como el establecimiento de normas de conducta adecuadas para el cumplimiento de las funciones públicas, protección a funcionarios que revelen actos de corrupción, estimulación de la participación de la sociedad civil, etcétera—; la criminalización de determinadas conductas —actos de corrupción, soborno transnacional y enriquecimiento ilícito—; y el fortalecimiento de la cooperación entre los Estados partes en determinadas áreas —asistencia y cooperación jurídica y técnica, autorización de extradición y confiscación de bienes, eliminación del secreto bancario, etcétera.⁴⁰

No todos los preceptos de la CICC tienen carácter obligatorio, existiendo disposiciones —como el listado de medidas preventivas del artículo 3— de naturaleza meramente programática (“*aspirational*”).⁴¹ Esta circunstancia es alegada por quienes cuestionan el grado de efectividad de la CICC, afirmándose asimismo que la Convención no ha sido capaz de crear en los corruptos una amenaza eficiente de sanciones.⁴² La postura oficial, hecha pública por representantes de la Secretaría General de la OEA en una conferencia internacional celebrada en 1999, es que la Convención es una buena carta de navegación, pero no es una solución mágica contra la corrupción.⁴³

En consonancia con ello, la OEA ha desarrollado diversas iniciativas para evaluar y complementar la CICC de 1997. Por un lado, la labor de evaluación se está llevando a cabo desde 2011 a través del Mecanismo de Seguimiento de la Convención (MESICIC). Muy someramente, este mecanismo está conformado por la Conferencia de Estados Parte, el Comité de Expertos y la Secretaría Técnica; favoreciendo también la participación en él de la sociedad civil. MESICIC ha puesto en funcionamiento un sistema en el que, a

⁴⁰ Jiménez, Luis F., “The Inter-American Convention against Corruption”, *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, vol. 92, 1998, pp. 157-162.

⁴¹ Algunas voces doctrinales hacen una clasificación más detallada de la diversa naturaleza de dichos preceptos: “*certain articles are binding on state parties, others are conditional, still others are subject to progressive development and a fourth category are aspirational*” (“ciertos artículos son vinculantes para los Estados parte, otros son condicionales, otros están sujetos a un desarrollo progresivo y una cuarta categoría son programáticos”). Low, Lucinda A. *et al.*, “The Inter-American Convention Against Corruption: A Comparison with the United States Foreign Corrupt Practices Act”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 38, núm. 3, 1998, pp. 247 y 269-271; García-González, Jorge, *The OAS and the Fight Against Corruption in the Americas*, disponible en: <http://www.oecd.org/corruption/ethics/2731127.pdf>.

⁴² Altamirano, Giorleny D., “The Impact of the Inter-American Convention against Corruption”, *University of Miami Inter-American Law Review*, vol. 38, núm. 3, 2007, pp. 487-547.

⁴³ Véase presentación en PowerPoint, *IX Conferencia Internacional contra la corrupción*, disponible en: giacc.org/papers/day1/ws3/dnld/d1ws3_garcia-sp.ppt.

través de una serie de rondas, los distintos países latinoamericanos se evalúan mutuamente respecto del nivel de implementación de la CICC y, sin jerarquizar ni sancionar, se emiten una serie de recomendaciones —normativas o estructurales— que puedan ayudar a los países a solventar sus déficits de implementación de la CICC.⁴⁴ Por otro lado, la CICC se ve complementada por diversas iniciativas respaldadas por la OEA, como la redacción por parte de la organización de varias leyes modelo en el ámbito de la anticorrupción.⁴⁵

En segundo lugar, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) es también un actor institucional relevante en la lucha contra la corrupción en Latinoamérica.⁴⁶ El BID vincula la reducción de la pobreza y la desigualdad en la región con la lucha contra la corrupción y la implantación de una mayor transparencia. En pos de dichos objetivos, el BID viene desarrollando dos macro-líneas de actuación. Por un lado, coopera con los países latinoamericanos en el fortalecimiento de la gobernabilidad, la consolidación del imperio de la ley y la lucha contra la corrupción en los distintos niveles de gobierno.⁴⁷ Las diversas iniciativas que el BID está implementando se centran en reforzar la transparencia y la rendición de cuentas de los gobiernos

⁴⁴ Reglamento de la Conferencia de los Estados Parte del MESICIC y Reglamento del Comité de Expertos del MESICIC, disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic_docs_sp.htm; véase asimismo Herrera Solís, Moisés, “El mecanismo de seguimiento de la implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC)”, disponible en: http://iacconference.org/documents/WS12_MOISES_HERRERA.pdf.

⁴⁵ Ley Modelo sobre Declaración de Intereses, Ingresos Activos y Pasivos de Quienes Desempeñan Funciones Públicas y Ley Modelo para facilitar e incentivar la denuncia de actos de corrupción y proteger a sus denunciantes y testigos, disponibles en: http://www.oas.org/juridico/spanish/leyes_modelo.htm; véase también Baragli, Nestor, “La Convención Interamericana contra la Corrupción como instrumento de cooperación entre los Estados”, *La Trama. Revista interdisciplinaria de mediación y resolución de conflictos*, núm. 44, 2015, disponible en: http://www.revistalatrama.com.ar/contenidos/larevista_articulo.php?id=306&ed=44; Pérez González, Carmen, “On Transparency, Good Governance and the Fight against Corruption: Some Lessons (and Questions) from an International Law Perspective”, *Spanish Yearbook of International Law*, núm. 19, 2015, pp. 143-165.

⁴⁶ Existen, asimismo, otras organizaciones financieras internacionales, como el Grupo Banco Mundial, cuyas iniciativas legales y políticas también inciden en territorio latinoamericano.

⁴⁷ BID, *Transparencia y Rendición de Cuentas. Condiciones para un Mejor Gobierno*, disponible en: <http://www.iadb.org/es/temas/transparencia/apoyo-a-los-paises/apoyo-a-los-paises-en-la-transparencia-y-anticorrupcion,1164.html>. Véase asimismo Biebesheimer, Christina, “The Impact of Human Rights Principles on Justice Reform in the Inter-American Development Bank”, en Alston, Philip y Robinson, Mary (eds.), *Human Rights and Development. Towards Mutual Reinforcement*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 269-296.

respecto de los ciudadanos.⁴⁸ Para ello se hace especial hincapié en el diseño de políticas públicas en la materia, en la capacitación de los funcionarios públicos y en el fortalecimiento de las instancias de control, administrativas y legislativas. Un proyecto especialmente atractivo, que ha conseguido el apoyo económico de multinacionales y de países no latinoamericanos, es el Fondo Fiduciario de Transparencia (TTF). A través de él se financian propuestas de entidades públicas y privadas latinoamericanas,⁴⁹ centradas en el diseño y puesta en funcionamiento de instrumentos de acceso a la información y la transparencia.⁵⁰ La gobernanza de los recursos naturales es una de las áreas de apoyo estratégico del TTF, el cual suscribe los principios contenidos en la ya citada Iniciativa internacional para la Transparencia en las Industrias Extractivas.⁵¹ Dada la importancia que tienen las industrias petrolera, gasera y minera en Latinoamérica, éste es sin duda un flanco crucial en la lucha del BID contra la corrupción.⁵²

Por otro lado, el Banco también implementa su cruzada anticorrupción potenciando su propia integridad institucional. Es por ello que a su personal se le exige que cumpla con unos elevados niveles de integridad, de la misma forma que todos los participantes en las actividades financiadas por el BID deben permanecer ajenos a actividades fraudulentas y corruptas.⁵³ En este sentido, el BID ha hecho público un listado —de longitud nada

⁴⁸ Pimienta, Carlos y Pessoa, Mario, *Gestión financiera pública en América Latina: la clave de la eficiencia y la transparencia*, BID, 2015, disponible en: https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/7123/Gestion_financiera_publica_en_America_Latina_la_clave_de_la_%20eficiencia_y_la_transparencia.pdf?sequence=1.

⁴⁹ Seatzu, Francesco, “Civil Society Participation in the Interamerican Development Bank’s Activities and Operations: Enhancing Democratic Accountability?”, *Spanish Yearbook of International Law*, vol. 17, 2014, pp. 43-72.

⁵⁰ Banco Interamericano de Desarrollo, *Fondo Fiduciario de Transparencia*, disponible en: <http://www.iadb.org/es/temas/transparencia/apoyo-a-los-paises/fondo-fiduciario-para-actividades-contrala-corrupcion-aqf.1194.html>.

⁵¹ Véase <https://eiti.org/>.

⁵² Cruz Vieyra, Juan y Masson, Malaika (eds.), *Transparent Governance in an Age of Abundance. Experiences from the Extractive Industry in Latin America and the Caribbean*, BID, 2015, disponible en: <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/6682/Transparent-Governance-in-an-Age-of-Abundance-Experiences-from-the-Extractive-Industries-in-Latin-America-and-the-Caribbean.pdf?sequence=3>.

⁵³ Schiavo-Campo, Salvatore *et al.*, *Combate contra el fraude y la corrupción*, Evaluación Intermedia de los Compromisos del IDB-9, BID, 2013, disponible en: <https://publications.iadb.org/handle/11319/5850?locale-attribute=es>.

desdeñable— con los nombres de las personas y las empresas que han sido sancionadas por violar las políticas anticorrupción del Grupo BID.⁵⁴

En último lugar, la política exterior de Estados Unidos y la influencia de este país en la región latinoamericana es una cuestión altamente controvertida. En materia de corrupción, agencias como la *United States Agency for International Development* (USAID) lleva años apostando por la implementación de diversas iniciativas anticorrupción en América Latina.⁵⁵ Sin embargo, la incidencia estadounidense más destacada hasta el momento en materia de corrupción se ha alcanzado por la vía legislativa.

La Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (*U.S. Foreign Corrupt Practices Act* [FCPA])⁵⁶ entró en vigor en Estados Unidos en 1977. Esta norma fue una reacción política frente al descubrimiento de que más de cuatrocientas sociedades estadounidenses habían pagado cientos de millones de USD a funcionarios de gobiernos extranjeros con el fin de asegurarse la implementación de operaciones empresariales fuera de Estados Unidos.⁵⁷ La elaboración y posterior aplicación de la FCPA ha sido un tema muy polémico, ya que al no existir durante muchos años otros textos nacionales o internacionales en la materia —recuérdese que las convenciones previamente citadas son de la década de los noventa—, las empresas estadounidenses se hallaban en una posición de desventaja respecto de sus competidores extranjeros. Mientras que el soborno transnacional no era una conducta sancionable en el resto del mundo —de hecho, la normativa fiscal de países europeos como Alemania o Francia ha permitido hasta la década de los noventa que los pagos realizados a funcionarios de países extranjeros se considerasen gastos deducibles en el plano impositivo—,⁵⁸ las empresas estadounidenses, por el contrario, se arriesgaban a enfrentarse a una extensa panoplia de sanciones penales y civiles en caso de que llevasen a cabo dicho soborno transnacional (*transnational bribery*).

⁵⁴ BID, *Empresas y personas sancionadas*, disponible en: <http://www.iadb.org/es/temas/transparencia/integridad-en-el-grupo-bid/empresas-y-personas-sancionadas,1293.html>.

⁵⁵ Hendrix, Steven E., “New Approaches to Addressing Corruption in the Context of U.S. Foreign Assistance with Examples from Latin America and the Caribbean”, *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, vol. 12, núm. 1, 2005, pp. 1-23.

⁵⁶ Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero, disponible en: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/statutes-regulations>.

⁵⁷ Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission, *FCPA. A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, 2012, disponible en: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/fcpa-guidance>.

⁵⁸ Llamzon, Aloysius P., *Corruption in International Investment Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 6.

Es por ello que la FCPA recibe valoraciones contrapuestas. Por un lado, se afirma que Estados Unidos, como “exportador de democracia y de economías de libre mercado, no podía aceptar los crecientes costes de reputación derivados de permitir sobornos en el extranjero”.⁵⁹ Por otro lado, la literatura en esta materia remite al dato de que la inversión extranjera directa (FDI, en su acrónimo anglosajón) de Estados Unidos ha descendido un 12% desde que entró en vigor el FCPA.⁶⁰ A ello hay que añadir la enorme cuantía de negocios que las empresas estadounidenses han perdido por no realizar sobornos en el extranjero; junto con los elevados costes directos que generan los procesos de investigación y de sanción derivados del FCPA.⁶¹ Asimismo existe una serie de consecuencias indirectas para el empresariado estadounidense que también son cuantificables económicamente —riesgo reputacional, bajada en la cotización de acciones, demandas de accionistas, mayores dificultades respecto de futuras fusiones o adquisiciones, etcétera—.⁶² Motivos como los apuntados impulsaron al gobierno estadounidense a fomentar la elaboración de convenios internacionales en materia de corrupción.

Centrando la atención en el texto de la FCPA estadounidense, este contiene algunas normas en materia de control contable y asimismo recoge una serie de preceptos anticorrupción, que sancionan los pagos ilícitos en el extranjero. La aplicación de esta ley es compleja y la precisión de algunos de sus términos clave —sujetos obligados por la norma, definición de funcionario extranjero, prácticas de comercio exterior prohibidas, excepciones y defensas a estas, etcétera— sigue siendo hoy en día objeto de intervención judicial y debate doctrinal. Ello conecta con una cuestión de gran relevancia para la región latinoamericana: la aplicación extraterritorial de la FCPA. En un primer momento, este texto se aplicaba únicamente a personas y empresas estadounidenses, pero la FCPA se modificó en 1998 con el objetivo de adecuar el texto a lo expuesto en la Convención de la OCDE —y de

⁵⁹ Traducción realizada por la autora del artículo original escrito en inglés, Perla, Juan O., *A Game Theoretic Analysis of the Inter-American Convention against Corruption*, OECD, 2016, disponible en: <https://www.oecd.org/cleangovbiz/Integrity-Forum-16-Juan-Perla.pdf>.

⁶⁰ Se afirma que entre abril de 1994 y mayo de 1995, empresas estadounidenses perdieron unos 100 contratos por un monto de 45.000 millones de euros debido a la falta de penalización del soborno internacional en el plano del derecho comparado; Vargas, Edmundo, *op. cit.*, p. 134.

⁶¹ Soehnon, Isabella, *The Shortcomings of the FCPA*, 2014, disponible en: <http://www.glimpsefromtheglobe.com/topics/economics/shortcomings-fcpa/>.

⁶² Albarrán, Tammy y Ebanks, Tracy, “Latin America: A Hotbed for FCPA Enforcement”, *Daily Journal*, 23 de julio de 2014, disponible en: https://www.cov.com/~media/files/corporate/publications/2014/07/dj-latin_america_fcpa.pdf.

paso, devolver a las empresas norteamericanas parte de la competitividad perdida—. Ello ha supuesto que la ley estadounidense también se aplique a emisores que tengan valores registrados con la *Securities Exchange Commission* (SEC: Comisión de mercados y valores) o que deban presentar informes a la SEC,⁶³ incluso cuando las empresas estén domiciliadas fuera de Estados Unidos. Asimismo, las sanciones de la FCPA también se imponen sobre agentes extranjeros, emisores o empresas extranjeras que, mientras se encuentren en el territorio de los Estados Unidos, utilicen el correo o cualquier otro medio o instrumento de comercio interestatal o realicen algún otro acto para promover prácticas consideradas corruptas por dicha ley.⁶⁴ Estos criterios tan amplios han facilitado una interpretación expansiva por parte de la administración estadounidense respecto del alcance jurisdiccional de la FPCA. La aplicación de esta ley como consecuencia de conexiones meramente tangenciales con Estados Unidos genera controversias desde la perspectiva de las garantías procesales (*due process*).⁶⁵

Recientes estadísticas y noticias en prensa económica muestran que tanto el SEC como el Departamento de Justicia (DOJ) han sancionado a un buen número de empresas norteamericanas por realizar prácticas corruptas en América Latina.⁶⁶ Algunos autores relacionan el interés de estas

⁶³ *U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, sección 78dd-1.

⁶⁴ *U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, sección 78dd-3. Véase al respecto Michael Jr., William (ed.), *Guide to Anti-Corruption Laws in Major Jurisdictions*, Mayer Brown, 2014-2015, pp. 24-28; Abikoff, Kevin T. et al., *Anti-Corruption Law and Compliance: Guide to the FCPA and Beyond (Litigation and White-Collar Crime)*, Arlington, Bloomberg BNA, 2014.

⁶⁵ Leibold, Annalisa, “Extraterritorial Application of the FCPA under International Law”, *Willamette Law Review*, vol. 51, núm. 2, 2014, p. 225; White, Will, “Oil, Corruption, and the Department of Justice: FCPA Enforcement and the Energy Industry”, *Texas Journal of Oil, Gas & Energy Law*, vol. 10, núm. 1, 2014, p. 181; Chomski, Cara, “Campbell’s Soup: Due Process Concerns in Applying the Federal anti-Bribery Statute to Noncitizen Government Contractors Overseas”, *The University of Chicago Legal Forum*, núm. 1, 2012, p. 429.

⁶⁶ Michael Jr., William, *op. cit.*, p. 59. Detallando varios de estos casos: Romano, Bendito, “Cross-border overview: FCPA Enforcement in Latin America”, *Global Investigations Review*, 17 de septiembre de 2014, disponible en: <https://globalinvestigationsreview.com/chapter/1024310/cross-border-overview-fcpa-enforcement-in-latin-america>; Association of Certified Financial Crime Specialists (ACFCS), *En Latinoamérica la legislación anticorrupción no ha sido aplicada con suficiente rigor*, 14 de noviembre de 2014, disponible en: <http://www.antilavadodenedinero.com/antilavadodenedinero-noticias-articulo.php?id=11370&title=en-latinoamerica-la-legislacion-anticorrupcion-no-ha-sido-aplicada-con-suficiente-rigor>; Roetzel & Andress, *The Foreign Corrupt Practices Act in Latin America*, 2013, disponible en: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=89fc8d2a-e52c-4be4-a734-0fc776078e09>; Herráiz, Pablo y Alsedo, Quico, “La CNMV de EE.UU. investiga a OHL por presuntos sobornos en México”, *El Mundo*, 27 de octubre de 2016, disponible en: <http://www.elmundo.es/economia/2016/10/27/58115b43e2704e684e8b4583.html>. Con carácter general sobre esta cuestión, Pereira Fleury, Raul y Wang, Qian, “FCPA, UKBA, and

autoridades por la región latinoamericana con el hecho de que algunos de estos países tengan un Estado de derecho débil y una situación económica depauperada.⁶⁷ Ha de tenerse en cuenta que las sanciones derivadas de una violación de la FCPA pueden ser de extrema gravedad para la empresa estadounidense: elevadas multas y penas de prisión así como una serie de efectos colaterales como la suspensión o exclusión de la posibilidad de contratar o recibir subvenciones de la administración pública, acceder a ayudas de bancos de desarrollo o disfrutar de privilegios en materia de exportación.⁶⁸

La FCPA estadounidense tiene efectos palpables sobre el sistema jurídico y económico de los países latinoamericanos. Por un lado, la ley norteamericana incentiva a los países que quieran recibir inversiones de empresas norteamericanas a dictar medidas legales en contra de la corrupción. Consecuencia de ello pueden ser las recientes leyes anticorrupción aprobadas en Colombia, Brasil y México.⁶⁹ Estas pretenden convertir a estos países en destinos menos arriesgados para la inversión extranjera.⁷⁰ Por otro lado, las empresas latinoamericanas —sociedades nacionales o subsidiarias de multinacionales— están incorporando programas anti-soborno y de *compliance*, que cumplen tanto con los nuevos requisitos nacionales como con los determinados por el legislador estadounidense —y en menor medida, británico—.⁷¹ Ello supone en principio un costo adicional para estas empresas, pero en cómputos globales esta lucha anticorrupción ha

International Arbitration: Dealing with Corruption in Latin America”, *Transnational Dispute Management*, vol. 13, núm. 2, 2016.

⁶⁷ Choi, Stephen J. y Davis, Kevin E., *Foreign Affairs and Enforcement of the Foreign Corrupt Practices Act*, NYU School of Law, Public Law Research Paper núm. 12-35, 2013, p. 42, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2116487>.

⁶⁸ Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission, *op. cit.*, pp. 68-72.

⁶⁹ Romero, Recaredo, *Conyuntura/ La lucha anticorrupción: un panorama cambiante*, 14 de marzo de 2014, disponible en: <http://www.portafolio.co/opinion/redaccion-portafolio/coyuntura-lucha-anticorrupcion-panorama-cambiante-58422>; Faass, Glenn et al., *Aplicación de la Ley de Prácticas Corruptas Extranjeras de EE.UU. en Colombia*, 23 de enero de 2013, disponible en: <http://www.colombianenergía.com.co/opinion/41-aplicacion-de-la-ley-de-practicas-corruptas-extranjeras-de-ee-uu-en-colombia>.

⁷⁰ La implantación de estas leyes anticorrupción en Latinoamérica también va a tener consecuencias para las empresas estadounidenses, que podrán invocar con menos frecuencia la “*local law defense*” de la FCPA.

⁷¹ La ley anticorrupción británica no ha implementado hasta el momento una política de efectos extraterritoriales tan activa como la estadounidense: *Bribery Act 2010*, disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>. Pereira Fleury, Raúl y Wang, Quian, “FCPA, UKBA, and International Arbitration: Dealing with Corruption in Latin America”, *Transnational Dispute Management*, núm. 2, 2016.

generado un nuevo nicho de negocio para abogados y economistas de la región latinoamericana.⁷²

En definitiva, la presente sección ha mostrado cómo la batalla contra la corrupción en América Latina se libra desde muy diversos frentes y está encabezada no solo por agentes pertenecientes a la región, sino también por otros de origen externo. La confluencia de todos estos agentes en el territorio latinoamericano, sin duda, genera sinergias positivas en la lucha anticorrupción y en la defensa de la institucionalidad.

III. LA ACTITUD DEL ARBITRAJE DE INVERSIONES ANTE LA CORRUPCIÓN INTERNACIONAL

Los diversos tipos de negocios internacionales a los que se ha aludido en la sección precedente suelen confiar en el arbitraje internacional, y no en los sistemas judiciales nacionales, para la resolución de los conflictos que pueden derivar de este tipo de inversiones de larga duración. Una institución del Banco Mundial, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (conocido por el acrónimo CIADI —o ICSID en el ámbito anglosajón—), se ha encargado en las últimas décadas de dar respuesta a la mayoría de las reclamaciones arbitrales planteadas por inversores extranjeros al hilo de inversiones que estos consideran frustradas por culpa de alguna acción u omisión imputable al Estado receptor de la inversión. Las estadísticas muestran que algunos países de la región latinoamericana —más concretamente, Venezuela y Argentina— son los que han debido asumir con mayor frecuencia el rol de parte demandada en estos arbitrajes inversor-Estado.⁷³ Hasta el momento, un 30% de todos los casos registrados bajo el Convenio del CIADI y el Reglamento del Mecanismo Complementario han contado con un país de América del Sur, Centroamérica o el Caribe como demandado.⁷⁴

⁷² Fowler, Matthew, *Impacto de la FCPA y la Ley contra el Soborno del Reino Unido en América Latina: perspectivas de Venezuela y Chile*, 25 de abril de 2014, disponible en: <http://fcpamericas.com/spanish/impacto-de-la-fcpa-la-ley-contra-el-soborno-del-reino-unido-en-america-latina-perspectivas-de-venezuela-chile/#>; Fowler, Matthew, *Impacto de la FCPA y la Ley contra el Soborno del Reino Unido en América Latina: perspectivas de Argentina, México y Brasil*, 30 de abril de 2014, disponible en: <http://fcpamericas.com/spanish/impacto-de-la-fcpa-la-ley-contra-el-soborno-del-reino-unido-en-america-latina-perspectivas-de-argentina-mexico-brasil/>.

⁷³ Tití, Catharine y Fach Gómez, Katia, “Overview of Recent ICSID Cases Involving Latin American States”, *Transnational Dispute Management*, núm. 5, 2016.

⁷⁴ CIADI, *La carga de casos del CIADI – Estadísticas* (edición 2016-2), Washington, 2017, p. 11, disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/resources/ICSID-Caseload-Statistics.aspx>

La presente sección va a exponer la respuesta jurídica que los laudos de CIADI han dado hasta el momento a los actos de corrupción generados al hilo de una inversión internacional. Dicho análisis es de la máxima importancia para Latinoamérica, por diversos motivos. En primer lugar, porque aunque es sabido que los laudos de CIADI no sientan formalmente precedente, no puede negarse que laudos futuros que puedan dictarse contra Estados latinoamericanos sin duda se inspirarán en mayor o menor medida en decisiones previas de CIADI. Adicionalmente, es bien conocido el rechazo que el sistema arbitral de CIADI viene generando en determinados países de Latinoamérica. Buen ejemplo de ello ha sido la reticencia argentina a cumplir laudos dictados en contra del país a raíz de su crisis financiera, o las denuncias de Ecuador, Bolivia y Venezuela al Convenio de CIADI.⁷⁵ Este claro malestar respecto del, denominémoslo así, sistema clásico de arbitraje de inversiones, ha hecho que la región latinoamericana esté siendo especialmente activa en estos últimos años a la hora de presentar a la comunidad internacional una serie de propuestas alternativas, que en dichas latitudes se reputan más justas y balanceadas que el mecanismo CIADI. Una de las proposiciones más recientes procede de la Unión de Naciones Suramericanas (Unasur), que desea inaugurar un Centro de solución de controversias en materia de inversiones.⁷⁶ Si esta propuesta llega a materializarse, no cabe duda que este nuevo órgano latinoamericano debería apresurarse en adoptar una postura contundente en materia de corrupción.

Comenzando con el análisis de las respuestas arbitrales a la corrupción, ha de indicarse primeramente que parte de la doctrina dibuja un panorama algo desalentador en este sentido.⁷⁷ Es evidente que la corrupción es un concepto extremadamente resbaladizo, que no solo plantea problemas de definición a los abundantes textos internacionales precitados que pretenden luchar contra ella, sino que también genera abundantes dificultades en el plano arbitral-procedimental. En muchas ocasiones, las partes del arbitraje acuerdan tácitamente pasar de puntillas sobre el episodio de corrupción, ya que son ellas mismas las que están implicadas directamente en él. Imaginemos el supuesto de un miembro de la empresa inversora o de un agente

⁷⁵ Fach Gómez, Katia y Titi, Catharine, “International Investment Law and ISDS: Mapping Contemporary Latin America”, *Journal of World Investment & Trade*, vol. 17, núm. 4, 2016, pp. 515-535.

⁷⁶ Fach Gómez, Katia y Titi, Catharine, “The UNASUR Centre for the Settlement of Investment Disputes”, *International Treaty News*, agosto de 2016, pp. 1-4; véase asimismo el capítulo de María José Luque Macías en este volumen.

⁷⁷ Rose, Cecily, *Questioning the Role of International Arbitration in the Fight Against Corruption*, Leiden Law School Research Paper, 2103, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2374452>.

de esta haciendo llegar un sobre con dinero, o firmando un contrato ficticio con un funcionario del Estado receptor de la inversión o con un político o familiar de un alto cargo de dicho Estado.

Es por ello que la situación acontecida en el caso de *CIADI World Duty Free Co. Ltd. v. República de Kenia* no es la más habitual.⁷⁸ En este caso, que se retomará posteriormente, el inversor reconoció haber pagado una “mordida” de más de dos millones de USD al entonces presidente del país, lo que condujo al tribunal arbitral a admitir la excepción de corrupción planteada por el Estado demandado y exoneró al Estado de cualquier obligación indemnizatoria respecto del inversor extranjero, sujeto activo del acto corrupto.⁷⁹

Frente a este “oasis” de reconocimiento voluntario de conductas corruptas, la mayoría de los árbitros se enfrentan a paisajes bastante desérticos, en los que las partes o bien no alegan la corrupción, o bien una parte la alega y después se retracta —como sucedió en el caso *F-W Oil Interests Inc. v. República de Trinidad y Tobago*—,⁸⁰ o bien la parte que sí que la alega no aporta a los ojos del tribunal las pruebas suficientes para que esta pueda resultar probada. Esto último se argumentó por ejemplo en el caso *EDV v. Romania*. El tribunal afirmó que

la corrupción tiene que probarse y es sabido que es difícil de probar, ya que habitualmente se carece de prueba o esta es escasa. La seriedad de la acusación de corrupción en este caso, considerando que implica a funcionarios del más alto nivel del gobierno rumano, exige una prueba clara y convincente. Hay un consenso generalizado entre los tribunales internacionales y la doctrina respecto de la necesidad de exigir un alto estándar de prueba de la corrupción.⁸¹

Junto a todos estos déficits probatorios recién señalados, tampoco puede obviarse que en ocasiones son los propios árbitros quienes, por falta de herramientas

⁷⁸ Tampoco es el supuesto más habitual que el inversor alegue, en la fase sustantiva del arbitraje, que no ha recibido por ejemplo un trato justo y equitativo por parte del Estado a consecuencia de negarse a participar en esquema corrupto.

⁷⁹ *World Duty Free Company Limited v. The Republic of Kenya*, Caso CIADI n° ARB/00/7, laudo de 4 octubre de 2006, pp. 36-41, disponible en: <http://www.italaw.com/other-investment-cases#sthash.xFgYdml1.dpuf>.

⁸⁰ *F-W Oil Interests, Inc. v. The Republic of Trinidad and Tobago*, Caso CIADI n° ARB/01/14, laudo de 3 marzo de 2006, pp. 24-27, disponible en: <http://www.italaw.com/cases/469#sthash.cM5HmWHF.dpuf>.

⁸¹ Traducción realizada por la autora del laudo original en inglés; *EDF (Services) Limited v. Romania*, Caso CIADI n° ARB/05/13, laudo de 8 octubre de 2009, p. 64, disponible en <http://www.italaw.com/cases/375#sthash.dkPdQkqs.dpuf>.

técnicas o de *savoir faire* jurídico, muestran una actitud bastante tibia o displicente⁸² frente a los indicios de corrupción presentados por una de las partes. Desgraciadamente, la postura proactiva del tribunal del caso *Metal Tech v. República de Uzbekistán* —que se examinará más adelante— no es por ahora la postura habitual en el ámbito del arbitraje de inversiones. Las oportunidades perdidas en la lucha arbitral contra la corrupción, tales como las recién citadas, justifican sin duda la reflexión contenida en la sección final de este trabajo, en la cual se proponen diversos mecanismos jurídicos que permiten dedicar a la cuestión de la corrupción la importancia jurídica que ésta requiere.

Centrando la atención de aquí en adelante en los laudos arbitrales que sí han abordado con mayor detalle el problema de la corrupción, merece la pena hacer una alusión, en primer lugar, a un laudo de la Cámara de Comercio Internacional de 1963, que ha devenido clásico. En él, el árbitro sueco Gunnar Lagergren optó por declarar su falta de competencia para dictar laudo, tras haber constatado que entre una empresa extranjera y un nacional argentino se había firmado un contrato con el objeto de que éste sobornase a funcionarios argentinos a fin de que la empresa obtuviese una importante contrapartida empresarial. Ante la reclamación del nacional argentino, quien no había recibido la retribución prometida por la empresa extranjera, el árbitro afirmó que “no puede negarse que existe un principio general del derecho reconocido por las naciones civilizadas proclamando que los contratos que violan las buenas costumbres o el orden público internacional son inválidos o al menos no ejecutables y no pueden ser amonestados por tribunales o árbitros. Esta corrupción es un mal internacional, es contraria a los buenos principios morales y a los principios de orden público compartidos por la comunidad de naciones”.⁸³ Con un razonamiento muy depurado desde la perspectiva del derecho internacional público, es positivo comprobar cómo el árbitro no solo castigó económicamente al nacional argentino —quien no consiguió cobrar vía laudo arbitral la comisión contractualmente prometida—, sino que sancionó económicamente a ambas

⁸² En este sentido es muy gráfica la distinción que realiza Raouf entre el “Eyes Shut Approach” y el “Zero Tolerance Approach”; Raouf, Mohamed Abdel, “How Should International Arbitrators Tackle the Corruption Issue”, *ICSID Review*, vol. 24, núm. 1, 2009, pp. 116-136.

⁸³ Traducción realizada por la autora del laudo original en inglés. ICC Award N°. 1110, 1963, emitido por Gunnar Lagergren, YCA 1996, pp. 47 y ss. (también publicado en *Arbitration International* 1994, pp. 282 y ss.), disponible en: http://translex.uni-koeln.de/201110/mark_937000/.

partes a pagar cada una sus propias costas arbitrales⁸⁴ y además las amonestó duramente en el plano moral: “las partes que se alían en una empresa de esta naturaleza deben darse cuenta de que han perdido cualquier derecho a solicitar asistencia a la maquinaria de la justicia —ya sea tribunales nacionales o cortes arbitrales— para solucionar sus disputas”.⁸⁵

No obstante, un importante dato que ha de tenerse en cuenta en arbitrajes como el presente —un arbitraje comercial entre partes privadas— es que la propia naturaleza de éste impide al árbitro abrir la auténtica caja de pandora: la referida al gran contrato que la empresa extranjera consiguió del Estado argentino gracias a los pagos entregados a varios funcionarios corruptos. Así que las sanciones que ha de asumir la empresa extranjera a consecuencia de la reclamación interpuesta por su ex-agente son, realmente, *peccata minuta* en comparación con el beneficio derivado del contrato eléctrico que la empresa corruptora consiguió firmar con el Estado de acogida.

Es por ello que para atacar el auténtico núcleo duro de la corrupción se necesitan supuestos de hecho como los planteados en el arbitraje de inversiones; esto es, supuestos de hecho en los que el sujeto activo de la corrupción —inversor— y el receptor de esta —el Estado de acogida, representado en el contexto corrupto por un cargo público— se ven las caras frente a frente en un arbitraje.

En los últimos años se han dictado algunos laudos en el ámbito del arbitraje de inversión, como *Inceysa Vallisoletana v. República del Salvador*,⁸⁶ en los que el fraude cometido por la empresa —en este caso concreto, la falsificación de datos al presentar los documentos requeridos en la licitación pública de una serie de instalaciones de revisión técnica vehicular— hace concluir al tribunal arbitral que este carece de jurisdicción, ya que el demandante no puede gozar de los derechos que esa ley nacional de inversiones confiere, toda vez que su inversión no reviste la condición de legalidad necesaria para ubicarse dentro del alcance y la protección de esa ley.

Aunque existen diferencias sustanciales entre los supuestos de fraude cometido unilateralmente por el inversor y los supuestos de corrupción que

⁸⁴ Medida que se ha reproducido en recientes arbitrajes de inversiones. Véase la nota número 99 en este trabajo.

⁸⁵ Traducción realizada por la autora del laudo original en inglés. ICC Award n° 1110, *op. cit.*

⁸⁶ *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*, Caso CIADI n° ARB/03/26, laudo de 2 de agosto de 2006, disponible en: <http://www.italaw.com/cases/documents/564#sthash.i5phs-qBA.dpuf>.

manchan las manos tanto del inversor como del Estado de acogida,⁸⁷ en el ámbito del arbitraje de inversiones se valora positivamente que los tribunales arbitrales que analizan casos de corrupción y deciden negar su competencia jurisdiccional también se embarquen en razonamientos jurídicos que van más allá de la violación del orden público o los principios morales.

En este sentido, en el laudo *Metal-Tech v. República de Uzbekistán*, dictado a finales de 2013, el tribunal proclama su falta de jurisdicción para conocer las reclamaciones y contrarreclamaciones planteadas por ambas partes. Es esperanzador comprobar cómo los árbitros de este caso adoptan un posicionamiento proactivo y beligerante en contra de la corrupción. Una vez que Uzbekistán apunta a que la empresa israelí cometió actos corruptos, el tribunal proclama “no va a recurrir a presunciones o a alteraciones en la carga de la prueba”, sino que, para determinar con una certeza razonable si existió corrupción, se va a encargar de “buscar por sí mismo pruebas adicionales de la naturaleza y el propósito” de los pagos que se produjeron en este caso.⁸⁸

Así que el tribunal arbitral se basa en una serie de indicios —denominados “*red flags*”— que en su opinión le permiten concluir si existió o no corrupción entre las partes. Tras aplicar estos indicadores, el tribunal considera que en este caso sí que existió corrupción, ya que varios de los consultores contratados por la empresa israelí carecían de la formación técnica necesaria, eran familiares de altos cargos del gobierno —como el hermano del primer ministro— recibieron unos pagos exorbitados —alrededor de 4 millones de USD— en diversas cuentas ubicadas en paraísos fiscales y no llegaron a emitir los informes de consultoría requeridos. Dicha conclusión condujo al tribunal a afirmar que la corrupción constituye una violación de las leyes de inversiones de Uzbekistán y ello a su vez implica que no se cumplía con la exigencia contenida en el artículo 1 del tratado bilateral Israel-Uzbekistán de que “las inversiones se hayan implementado en consonancia con las normas del país en cuyo territorio se realiza la inversión”.⁸⁹ Asimismo, se considera que la República de Uzbekistán no ha emitido su consentimiento para someterse a un arbitraje en este caso —al admitir únicamente arbitrajes respecto de inversiones validadas por su ley nacional—, por lo que no se dan

⁸⁷ Cohen, Paul y Katz, William, “Corruption Focus: Public Harms, Moral Qualms and Greasy Palms”, *Global Arbitration Review*, 2013.

⁸⁸ Traducción realizada por la autora del laudo original en inglés. *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, Caso CIADI n° ARB/10/3, laudo de 4 de octubre de 2013, p. 79, disponible en: <http://www.italaw.com/cases/2272#sthash.Sdk9S2P7.dpuf>.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 128 (traducción de la autora).

los requisitos que impone el artículo 25.1 de la Convención de CIADI para que el tribunal arbitral goce de competencia.⁹⁰

Existen laudos posteriores en los que se aplica la doctrina de las manos limpias (*clean hands doctrine*) —en la mayoría de los casos, no aludiendo a ella expresamente, sino a aforismos latinos equivalentes— para no condenar a Estados demandados en un arbitraje de inversiones debido a una infracción de las leyes del país de acogida cometida por el inversor a través de, por ejemplo, un acto corrupto. Esta ausencia de laudo condenatorio⁹¹ se ha producido tanto en casos en los que el requisito de legalidad de la inversión estaba recogido en el texto del Tratado Bilateral de Inversión (TBI) aplicable, como en los que —a falta de TBI— los árbitros han considerado que el inversor seguía estando obligado a cumplir con dicha obligación implícita. Incluso han apuntado —no sin controversia— que la doctrina de las manos limpias podría ser un principio general del derecho.⁹²

En los últimos años también se han dictado algunos laudos arbitrales que no rechazan por cuestiones jurisdiccionales la reclamación del inversor implicado en corrupción, sino que se adentran en la fase de resolución de las reclamaciones sustantivas del inversor. Así sucedió en el ya citado caso *World Duty Free Co. Ltd. v. República de Kenia*, en el cual el tribunal de CIADI aceptó las alegaciones de corrupción planteadas por el Estado demandado y exoneró a este de cualquier obligación indemnizatoria respecto del inversor extranjero, al considerar que tanto el derecho keniano como el británico declaraban inejecutable un contrato obtenido por conductas corruptas.⁹³

Pese a que dicha decisión ha sido aplaudida por un sector doctrinal, llegando a ser considerada un hito en la lucha anticorrupción, un examen más detallado del citado laudo conduce a temer que realmente nos hallemos

⁹⁰ *Idem*.

⁹¹ La referencia genérica a “ausencia de laudo condenatorio” engloba las tres circunstancias siguientes: 1) el tribunal arbitral declina su jurisdicción a consecuencia de la existencia de una obligación expresa del inversor de cumplir con la legalidad del Estado de acogida; 2) a veces si la obligación referida es implícita la demanda se considera inadmisibles, y 3) otras veces ante una obligación implícita de cumplir con el requisito de legalidad el tribunal analiza las alegaciones de “*clean hands*” en la fase de resolución (*merits*). Dumberry, Patrick, “State of Confusion: The Doctrine of Clean Hands in Investment Arbitration after the Yukos Award”, *Journal of World Investment & Trade*, vol. 17, núm. 2, 2016, pp. 236 y 237. Estos conceptos se analizan en detalle en Banifatemi, Yas, “The Impact of Corruption on Gateway Issues of Arbitrability, Jurisdiction, Admissibility and Procedural Issues”, en Baizeau, Domitille y Kreindler, Richard H., *Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration*, París, CCI, 2015, pp. 16-31.

⁹² Dumberry, Patrick, *op. cit.*

⁹³ *World Duty Free Company Limited v. The Republic of Kenya, op. cit.*

ante la “trampa de la corrupción”.⁹⁴ Una decisión exoneratoria parece ignorar que el Estado fue una de las partes del acto corrupto y tampoco tiene en cuenta el beneficio económico que a dicho Estado corrupto puede reportarle el rechazo arbitral de las pretensiones del inversor —en este caso, el inversor alegaba que había sido expropiado *de facto* por el gobierno keniatá—. En este sentido se afirma que una decisión arbitral de este tipo no ayuda a los Estados en vías de desarrollo a erradicar la corrupción en sus estamentos públicos. De hecho, se ha llegado a proclamar que la defensa de ilegalidad alegada en el contexto del arbitraje de inversiones representa un incentivo para que el futuro Estado demandado promueva un esquema de corrupción que le permita tener ya preparada esa defensa *ex ante*.⁹⁵ Asimismo, se argumenta que laudos como el indicado producen efectos económicos negativos en el Estado de acogida, al desincentivarse las inversiones extranjeras y, a causa de ello, coadyuvan al mantenimiento de la pobreza endémica de países en vías de desarrollo.⁹⁶

En conexión con lo recién expuesto, algunos tribunales arbitrales comienzan a mirar con suspicacia la estrategia jurídica de los Estados demandados en materia de corrupción, pues consideran que están implementando nuevas “tácticas de guerrilla” con fines dilatorios. Así, el tribunal arbitral del caso *Niko Resources v. Bangladesh* ha estimado que las nuevas alegaciones sobre corrupción presentadas por el Estado demandado *in extremis* —solo unos días antes de que el tribunal emita una decisión clave en un arbitraje que lleva pendiente más de cinco años— son de una gravedad tal que las va a examinar “a iniciativa propia, y dándoles prioridad”. Ello no impide, no obstante, que el tribunal arbitral finalmente exija al Estado demandado el abono de una abultada cantidad pendiente a la empresa demandante. En esta taxativa decisión respecto al resarcimiento económico tal vez hayan

⁹⁴ Donoghue, Joan E., “The Corruption Trump in Investment Arbitration”, *ICSID Review*, vol. 30, núm. 3, 2015, pp. 756-761.

⁹⁵ Rojas Elgueta, Giacomo, *The Legal Consequences of Corruption in International Arbitration: Towards a More Flexible Approach*, 20 de enero de 2016, disponible en: <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/01/20/the-legal-consequences-of-corruption-in-international-arbitration-towards-a-more-flexible-approach/>. Una reflexión desde la perspectiva del derecho internacional, sobre si debería imputarse responsabilidad al Estado demandado en casos de corrupción, se recoge en Llamzon, Aloysius P., *op. cit.*, pp. 238-281. Otra opción, que parece difícil de implementar en el contexto actual, sería la imposición de multas por parte de la institución arbitral al Estado que haya participado en la corrupción.

⁹⁶ Wilske, Stephan y Obel, Willa, “The Corruption Objection to Jurisdiction in Investment Arbitration: Does it Really Protect the Poor?”, en Nadakavukaren Schefer, Krista (ed.), *Poverty and the International Economic Legal System*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 177-188.

podido influir veladas dudas del tribunal sobre la verosimilitud de las alegaciones estatales (“es difícil de entender por qué los demandados plantean esta reclamación ahora”).⁹⁷

Los puntos débiles de resultados como los ofrecidos en el caso *World Duty Free Co. Ltd. v. República de Kenia* también han sido puestos de manifiesto en el precitado laudo *Metal-Tech v. República de Uzbekistán*, al afirmarse que

es cierto que el resultado en los casos de corrupción en ocasiones resulta insatisfactorio, porque al menos en un primer momento, parece darle una ventaja injusta a la parte demandada; la idea sin embargo no es castigar a una parte a costa de la otra, sino asegurar la promoción del Estado de derecho, que implica que una corte arbitral o tribunal no puede asistir a una parte que se ha involucrado en un acto corrupto.⁹⁸

Esta reflexión sobre la importancia del Estado de derecho (*rule of law*), emitida en 2003 por un tribunal de CIADI, muestra cómo las reflexiones del árbitro Lagergren siguen vigentes en la actualidad. O, dicho de una forma más descarnada, la reiteración de este argumento a lo largo de las décadas hace plantearse si el arbitraje de inversiones está avanzando lo suficiente en la lucha anticorrupción. Esta reflexión conecta con la última sección de este trabajo, en la que se exponen sistemáticamente una serie de propuestas que, de implementarse, aumentarían la efectividad del arbitraje de inversiones como herramienta en la lucha contra la corrupción transnacional.

IV. EL PAPEL DEL ARBITRAJE DE INVERSIONES EN LA LUCHA ANTICORRUPCIÓN Y EN LA DEFENSA DE LA INSTITUCIONALIDAD: PROPUESTAS JURÍDICAS

En los últimos meses se han planteado varios arbitrajes ante CIADI que, pese a reflejar muy diversos supuestos de hecho, todos tienen en común que sobre ellos planea la oscura sospecha de la corrupción (*BSG v. Guinea*,⁹⁹ *MOL v.*

⁹⁷ *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited (“Bapex”) and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation (“Petrobangla”)* (Caso CIADI n° ARB/10/11), Third Decision on the Payment Claim, 26 de mayo de 2016, pp. 28-30, disponible en: <https://www.italaw.com/cases/3338> (traducción de la autora).

⁹⁸ Traducción realizada por la autora del laudo original en inglés. *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, *op. cit.*, p. 133.

⁹⁹ BSG inició acciones legales contra el gobierno de Guinea por lo que la empresa considera que son “prácticas corruptas” y “actividades ilegales”, al haber revocado el Estado varias licencias mineras. El presidente de la compañía fue posteriormente arrestado en Israel

Croacia,¹⁰⁰ *Nova v. Rumanía*,¹⁰¹ *Omega v. Panamá*,¹⁰² etcétera). Parece claro que la corrupción es ya una cuestión acuciante en el contexto de CIADI.

Adicionalmente, no puede ignorarse que nos hallamos en un momento crucial, en el que el sistema de resolución de conflictos derivados de inversiones internacionales (ISDS, en su acrónimo inglés) posiblemente vaya a afrontar un giro copernicano. Por un lado, CIADI ha lanzado recientemente un proceso de actualización de las reglas y reglamento del CIADI que sin duda va a introducir cambios en su sistema.¹⁰³ Por otro lado, la Unión Europea ha irrumpido con fuerza en el contexto del ISDS, presentando una

por haber reconocido el pago de comisiones ilegales en Guinea. *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL v. Republic of Guinea* (Caso CIADI n° ARB/14/22). En relación con este caso, Khamsi, Kathryn y Bret, Louis-Alexis, “Mining Arbitration in Africa”, *Global Arbitration Review*, 20 de abril de 2016, disponible en: <http://globalarbitrationreview.com/chapter/1036972/mining-arbitration-in-africa>, y Rigby, Ben, “Guinea faces huge ICSID claim”, *African Law & Business*, 11 de septiembre de 2014, disponible en: <https://www.africanlawbusiness.com/news/5196-guinea-faces-huge-icsid-claim>; Cobain, Ian y Beaumont, Peter, “Israeli tycoon Beny Steinmetz Arrested over Guinea Bribery Claims”, *The Guardian*, 19 de diciembre de 2016, disponible en: <https://www.theguardian.com/world/2016/dec/19/israeli-tycoon-beny-steinmetz-arrested-over-guinea-bribery-claims>.

¹⁰⁰ Como consecuencia de la progresiva privatización del INA, una de las empresas más importantes de Croacia, MOL, alega ante CIADI que el Estado anfitrión ha incumplido sus obligaciones. El Gobierno croata contra-argumenta que los acuerdos de accionistas de 2009 se realizaron mediante el soborno del entonces primer ministro de Croacia, Ivo Sanader, por el presidente ejecutivo y presidente de MOL, Zsolt Hernádi. El Estado anfitrión subraya el hecho de que en noviembre de 2012 el señor Sanader fue condenado y sentenciado a ocho años de prisión ante el tribunal croata por aceptar el soborno de 5 millones de euros del inversor a cambio de facilitar la celebración de la Junta de Accionistas de 2009 (condena posteriormente anulada). Además, las autoridades croatas presentaron una acusación en el contexto nacional contra el Sr. Hernádi por pagar sobornos a cambio de que MOL obtuviera una participación importante en INA. Habazin, Margareta, *MOL v. Republic of Croatia: The ICSID Case Where Investor Corruption as a Defense Strategy of the Host State in International Investment Arbitration Might Succeed*, 16 de noviembre de 2015, disponible en: <http://kluearbitrationblog.com/2015/11/16/mol-v-republic-of-croatia-the-icsid-case-where-investor-corruption-as-a-defense-strategy-of-the-host-state-in-international-investment-arbitration-might-succeed/>; *MOL Hungarian Oil and Gas Company Plc v. Republic of Croatia* (Caso CIADI n° ARB/13/32).

¹⁰¹ El propietario de la empresa, condenado en Rumanía por sobornar a jueces, afirma que el Estado rumano ha forzado la bancarrota de la empresa; *Nova Group Investments, B.V. v. Romania* (Caso CIADI n° ARB/16/19).

¹⁰² Una empresa estadounidense de construcción e ingeniería y su CEO han presentado una demanda ante el CIADI contra Panamá por, entre otras cosas, haber iniciado procedimientos penales contra ellos como parte de una investigación sobre presunta corrupción cometida por el ex presidente Ricardo Martinelli; *Omega Engineering LLC and Mr. Oscar Rivera v. Republic of Panama* (Caso CIADI n° ARB/16/42).

¹⁰³ Véase <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/News.aspx?CID=202>.

serie de propuestas novedosas como la creación de un Tribunal Multilateral de Inversiones.¹⁰⁴

En este contexto de cambios, la cuestión de la corrupción tiene que ser abordada con toda la seriedad y detalle que su gravedad impone. Es por ello que este trabajo procede a presentar a continuación una serie de cambios, tendentes a perseguir y sancionar con eficacia la corrupción en el contexto de las inversiones internacionales.

En primer lugar, una cuestión que no debe olvidarse en el ámbito del arbitraje de inversiones es que las normas procesales que rigen estos arbitrajes internacionales dan un amplio margen de maniobra a los tribunales arbitrales en la fase probatoria.¹⁰⁵ Se estima que dicha libertad debe ser aprovechada por los árbitros, con el objetivo de dar respuestas arbitrales que ayuden a extirpar el cáncer de la corrupción.

En este sentido, los árbitros pueden implementar un buen número de iniciativas —de distinta naturaleza pero que persiguen un objetivo común—, entre las que destacan las siguientes: prolongar la fase probatoria para permitir que el asunto de la corrupción se analice en detalle; designar a un perito que les asesore para determinar si el supuesto de hecho presenta trazas de corrupción;¹⁰⁶ rebajar el estándar de prueba impuesto a la parte denunciante de la corrupción; conceder —como hizo el tribunal de *Metal-Tech*— un papel relevante a las pruebas meramente circunstanciales; admitir la inferencia de pruebas como consecuencia de la negativa de una parte a colaborar, o incluso invertir la carga de la prueba, exigiendo que sea el Estado quien demuestre que no cometió el acto corrupto.¹⁰⁷ Estas

¹⁰⁴ Fach Gómez, Katia, “Unión Europea e inversiones internacionales: el futuro de los mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69, núm. 1, 2017, pp. 295-302, versión más extensa disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2893215>.

¹⁰⁵ Piénsese, por ejemplo, en el artículo 43 del Convenio de CIADI, que establece que “Salvo que las partes acuerden otra cosa, el Tribunal en cualquier momento del procedimiento, podrá, si lo estima necesario: (a) solicitar de las partes la aportación de documentos o de cualquier otro medio de prueba; (b) trasladarse al lugar en que se produjo la diferencia y practicar en él las diligencias de prueba que considere pertinentes”. Disponible en: https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-spa/CRR_Spanish-final.pdf.

¹⁰⁶ Acerca de la utilidad de recurrir a opciones como una “auditoría forense”, véase Ziadé, Nassib G., “Addressing Allegations and Findings of Corruption”, en Baizeau, Domitille y Kreindler, Richard H., *Addressing issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration*, París, CCI, 2015, pp. 114-134.

¹⁰⁷ Para una distinción entre los conceptos de “estándar probatorio” y “carga de la prueba”, véase Tezuka, Hiroyuki, “Corruption Issues in the Jurisdictional Phase of Investment Arbitrations”, en Baizeau, Domitille y Kreindler, Richard H. (eds.), *Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration*, París, CCI, 2015, pp. 51-69. Profundizando en dichas

últimas propuestas —originadas en el contexto del arbitraje comercial y que sin duda merecen un estudio más detallado en el contexto del arbitraje de inversiones— pueden *a priori* generar temores desde el plano del debido proceso. Es por ello que resulta menos arriesgado tomar decisiones de esta naturaleza de una forma individualizada, tras haber analizado las circunstancias de cada caso, algo que es perfectamente posible de realizar en el actual contexto del arbitraje de inversiones.

En segundo lugar, y conectando con las reflexiones ya presentadas al hilo del caso *Metal-Tech*, varios tribunales arbitrales han mostrado su asombro y reprobación ante el hecho de que el Estado demandado, que alega la defensa de la corrupción en el arbitraje de inversiones, no haya iniciado acciones ni penales ni civiles en contra de su servidor público corrupto. En este sentido, es paradigmática la declaración del tribunal arbitral en el caso *Duty Free*:

Sigue siendo sin embargo una característica muy preocupante de este caso el hecho de que el destinatario corrupto del soborno de la demandante era más que un oficial del Estado, dado que era su oficial de más rango, el propio presidente de Kenia; y que sea Kenia quien presente las ilegalidades de su propio expresidente como una defensa completa frente a las reclamaciones de la demandante. Adicionalmente, en las pruebas que se han presentado al Tribunal, el soborno fue aparentemente solicitado por el Presidente de Kenia y no iniciado por completo por la demandante. Aunque el presidente de Kenia ha dejado el cargo y ya no goza de inmunidad jurisdiccional en virtud de la Constitución de Kenia, parece que Kenia no ha realizado ningún intento de procesarlo por corrupción o de recuperar la cuantía del soborno ante la jurisdicción civil.¹⁰⁸

En esta materia, se estima que la falta de investigación y posterior persecución de la corrupción en el plano nacional debería impedir que el Estado recurriera exitosamente a la defensa de la corrupción en el contexto internacional del arbitraje de inversiones. Se reputan insuficientes, por tanto, opciones arbitrales mucho más moderadas, como por ejemplo penalizar al Estado por su participación en el acto corrupto únicamente con la imposición de una

cuestiones, Menaker, Andrea J. y Greenwald, Brody K., “Proving Corruption in International Arbitration”, en Baizeau, Domitille y Kreindler, Richard H. (eds.), *Addressing issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration*, París, CCI, 2015, pp. 77-103.

¹⁰⁸ Traducción realizada por la autora del laudo original en inglés. *World Duty Free Company Limited v. The Republic of Kenya*, *op. cit.*, p. 59.

parte de las costas procesales.¹⁰⁹ En el plano doctrinal algunos autores defienden con tino que la participación del Estado en el acto corrupto no debería impedir superar la fase jurisdiccional y alcanzar la emisión de un laudo condenatorio contra él. En dicho laudo, las actividades ilícitas del inversor en materia de corrupción podrían tener su reflejo, por ejemplo, en una reducción de la cuantía compensatoria que le concediesen a éste.¹¹⁰

En tercer lugar, se considera que los arbitrajes de inversión han de beneficiarse lo máximo posible de la proliferación en las últimas décadas de textos internacionales anticorrupción y de las normas nacionales que implementan los mismos. Hasta el momento, si un mismo supuesto de hecho ha generado tanto una investigación nacional —de naturaleza penal o administrativa— como un arbitraje de inversiones, en la gran mayoría de los casos ambos procesos han desarrollado asépticas trayectorias paralelas. Frente a ello, lo que se propone es que entre ambos planos —lucha nacional anticorrupción y arbitraje de inversión— se tiendan todos los puentes que sean beneficiosos para reducir la corrupción internacional. En este sentido, los árbitros —a pesar de no tener poderes coercitivos— pueden adoptar decisiones como las siguientes: admitir como prueba de parte en el arbitraje los documentos generados en el proceso anticorrupción nacional; requerir directamente a las autoridades estatales el expediente de la investigación anticorrupción; paralizar el procedimiento arbitral hasta que se dilucide el nacional o por el contrario solicitar al Estado demandado que paralice un proceso nacional que pueda perjudicar las pesquisas arbitrales;¹¹¹ o, por último, incluso aceptar un recurso de revisión o nulidad del laudo en caso de que la finalización posterior de la investigación nacional arroje una luz nueva sobre el asunto de la corrupción dilucidado en el arbitraje.¹¹²

¹⁰⁹ El tribunal arbitral considera que “Ello no significa, no obstante, que el Estado no haya participado en la creación de la situación que ha conducido al rechazo de las reclamaciones. Debido a esta participación, que va implícita en la propia naturaleza de la corrupción, parece justo que ambas partes se repartan el pago de las costas procesales”. Traducción realizada por la autora del laudo original en inglés. *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, *op. cit.*, párr. 422. Defendiendo que se le conceda al inversor algún tipo de protección legal, aunque ésta no derive de remedios contractuales, Rojas Elgueta, Giacomo, *op. cit.*

¹¹⁰ Kulick, Andreas, *op. cit.*; Alba, Mariano de, “Drawing the Line: Addressing Allegations of Unclean Hands in Investment Arbitration”, *Revista de Direito Internacional*, vol. 12, núm. 1, 2015, p. 334.

¹¹¹ Kendra, Thomas y Bonini, Anna, “Dealing with Corruption Allegations in International Investment Arbitration: Reaching a Procedural Consensus?”, *Journal of International Arbitration*, vol. 31, núm. 4, 2014, pp. 450–453.

¹¹² Tirado, Joe y García, Alejandro I., “Las investigaciones de corrupción por autoridades gubernamentales y el arbitraje de inversión. Los desafíos creados por la creciente

En cuarto lugar, hablar del papel del arbitraje de inversiones en la lucha anticorrupción y en la defensa de la institucionalidad conecta necesariamente con la cuestión del rol que ha de desempeñar el árbitro internacional en esta materia. Frente al juez nacional —agente endógeno ya analizado en la sección segunda de este trabajo—, los árbitros no forman parte de ninguno de los tres poderes estatales y, siendo elegidos por las partes, sus obligaciones tienen un origen contractual. Estas características pueden generar dudas sobre la actitud que han de adoptar los árbitros de inversión en materia de corrupción.

Naturalmente, la primera exigencia clara en esta materia es la de la incorruptibilidad del propio árbitro, por lo que está plenamente justificado que la corrupción de algún miembro del tribunal arbitral abra la posibilidad a cualquiera de las partes tanto para solicitar la anulación del laudo arbitral¹¹³ como para actuar judicialmente contra él, siempre que el marco legal *ad casum* así lo permita.¹¹⁴

Respecto a la postura del árbitro ante la aparición de la corrupción en el supuesto de hecho frente al que ha de dictar laudo, el posicionamiento clásico del “perro guardián”¹¹⁵ ha sido defendido por árbitros como Wälde

convergencia de dos mundos hasta ahora (casi) separados”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, núm. 21, 2014, pp. 69-91.

¹¹³ El artículo 52 c) del Convenio CIADI establece que “Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General fundado en una o más de las siguientes causas: que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal” y también recoge una regla específica en materia de cómputo de plazos “(2) Las solicitudes deberán presentarse dentro de los 120 días a contar desde la fecha de dictarse el laudo. Si la causa alegada fuese la prevista en la letra (c) del apartado (1) de este Artículo, el referido plazo de 120 días comenzará a computarse desde el descubrimiento del hecho pero, en todo caso, la solicitud deberá presentarse dentro de los tres años siguientes a la fecha de dictarse el laudo”. La cuestión de la corrupción del árbitro también es abordada por el artículo 30 del borrador del Acuerdo Constitutivo del Centro de Solución de Controversias en Materia de Inversiones de Unasur. En relación con este último, véase Sarmiento, María Gabriela, *The 2014 Draft Constitutive Agreement of the Centre for the Settlement of Investment Disputes of the UNASUR*, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2703651>.

¹¹⁴ Véase por ejemplo que diversos países, entre ellos España, han ratificado el Protocolo Adicional al Convenio Penal sobre la Corrupción, aprobado en Estrasburgo el 15 de mayo de 2003, en el que se establecen una serie de medidas que el legislador nacional ha de adoptar para evitar la corrupción de los árbitros nacionales y extranjeros; disponible en: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/191>. Un ejemplo muy reciente en esta materia Jones, Tom, “Arbitrator Fights Bribery suit in New York”, *Global Arbitration Review*, 8 de septiembre de 2016, disponible en: <https://globalarbitrationreview.com/article/1068459/arbitrator-fights-bribery-suit-in-new-york>.

¹¹⁵ Thomson ha distinguido gráficamente entre árbitros como meros “perros guardianes” y árbitros como “perros sabuesos”, defendiendo esta segunda opción. Thomson, Douglas,

en el laudo *International Thunderbird v. Mexico*: “actualmente las insinuaciones de corrupción son utilizadas con frecuencia por los inversores demandantes y los Estados demandados. Éstas deberían ser ignoradas —explícita e implícitamente—, salvo que se presenten de forma adecuada y expresa ante el tribunal arbitral, corroboradas a través de una alegación específica de corrupción y sujeta a un debate jurídico y material adecuado para el tribunal”.¹¹⁶

Sin duda, nadie desea que la alegación de la corrupción sirva para justificar una “caza de brujas” que sabotearía la propia lucha anticorrupción. No obstante, frente a dicho planteamiento, se han producido reseñables pronunciamientos recientes a favor de un rol mucho más activo de los árbitros —“perro sabueso”— en la lucha anticorrupción.¹¹⁷ Detrás de este tipo de reflexiones despunta la idea de que en la lucha anticorrupción el árbitro de inversiones ha de olvidarse de la —en ocasiones, mal entendida— lealtad hacia las partes y, respaldado por deberes como la independencia e imparcialidad, debe actuar en defensa del interés público. Los intereses privados de las partes no pueden imponerse frente a políticas públicas que, como la lucha contra la corrupción, son reconocidas tanto en el plano internacional como en el nacional.¹¹⁸ Al atacar la corrupción de esta forma, los árbitros

“Watchdogs or bloodhounds: Is it an arbitrator’s role to sniff out corruption?”, *Global Arbitration Review*, 1 de julio de 2014, disponible en: <https://globalarbitrationreview.com/article/1033550/watchdogs-or-bloodhounds-is-it-an-arbitrator%E2%80%99s-role-to-sniff-out-corruption>.

¹¹⁶ Traducción realizada por la autora del laudo original en inglés. *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, UNCITRAL, laudo de 26 de enero 2006, disponible en: <http://www.italaw.com/cases/571#sthash.RWpPUbxS.dpuf>.

¹¹⁷ Yves Fortier afirma lo siguiente: “Nosotros, los árbitros, no tenemos más remedio que reexaminar nuestras posiciones a menos que estemos preparados para aceptar las no tan veladas acusaciones de que el arbitraje internacional es un refugio seguro para la corrupción, una acusación que en última instancia podría añadir una capa adicional a las preguntas sobre la legitimidad del sistema. En otras palabras: si queremos dotar al marco jurídico internacional que rige la corrupción de un mecanismo efectivo de ejecución, debemos encontrar una manera de conciliar tanto nuestra lealtad a las partes como nuestra adhesión al orden jurídico internacional, tal como lo sugieren los tratados internacionales anticorrupción” (traducción del inglés realizada por la autora). Véase Fortier, Yves, *Arbitrators, Corruption and the Poetic Experience* (“When Power Corrupts, Poetry Cleanses”), Kaplan Lecture Hong Kong, 20 de noviembre de 2014, disponible en: <http://neil-kaplan.com/wp-content/uploads/2014/11/Kaplan-Lecture-Yves-Fortier.pdf>. En el contexto del arbitraje comercial, pero con algunas interesantes reflexiones también extrapolables al ámbito de las inversiones, véase Kreindler, Richard H., “Is the Arbitrator Obligated to Denounce Money Laundering, Corruption of Officials, etc.?”, en Moran, Theodore H. (ed.), *Combating Corrupt Payments in Foreign Investment Concessions*, Washington, Center for Global Development, 2008, pp. 27 y 28, disponible en: https://www.cgdev.org/sites/default/files/15197_file_CombatingCorruption.pdf.

¹¹⁸ Apuntando que los laudos arbitrales deberían tener en cuenta los efectos adversos que la corrupción provoca en la ciudadanía del Estado de acogida de la inversión, Sum-

contribuirán tanto al fortalecimiento de la legitimidad del —actualmente tan criticado— sistema de arbitraje de inversiones como al refuerzo de la institucionalidad de los Estados receptores de inversiones internacionales.

Todo ello conduce a defender que, aunque no haya habido alegaciones de corrupción ni de las partes ni de terceros —a través de mecanismos como la presentación de cartas *amicus curiae*—, los árbitros no solo pueden sino que deben investigar los indicios de corrupción *sua sponte*.¹¹⁹ En este contexto, y asumiendo que se respetan los derechos procesales de las partes, el principio de confidencialidad no debería poder frenar las pesquisas de los árbitros en materia de investigación ni su denuncia de la corrupción, que en ocasiones hasta pueden venir impuestas por el derecho aplicable.¹²⁰ En el mismo sentido, la persecución *suo motu* de la corrupción tampoco debería dar lugar a una alegación exitosa de la letra b) del primer párrafo del precitado artículo 52 del Convenio CIADI (“Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo [cuando] (b) el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades”).

En quinto y último lugar, es obvio que la lucha contra la corrupción no ha de reposar únicamente en los hombros de los árbitros. Sin duda, los legisladores nacionales tienen todavía un gran margen de maniobra para perfilar sistemas nacionales anticorrupción más robustos y omnicomprendidos. En el ámbito concreto de las inversiones internacionales, sería también muy positivo que la lucha contra la corrupción se incorporase con carácter general a la primera línea de las negociaciones de futuros tratados bilaterales o multilaterales de inversión.¹²¹ Hasta el momento, existen propuestas *de lege ferenda*

merfield, Jason N., “The Corruption Defense in Investment Disputes: A Discussion of the Imbalance between International Discourse and Arbitral Decisions”, *Transnational Dispute Management*, vol. 6, núm. 1, 2009.

¹¹⁹ Es previsible que en ocasiones el árbitro tenga la obligación formal de investigar por diversos motivos: bien porque el derecho penal aplicable le obligue a denunciar el acto ilícito de la corrupción a las autoridades nacionales competentes; bien porque la normativa arbitral aplicable introduzca esta obligación en un código de conducta que exija acatar a quienes deseen actuar como árbitros; o bien por último porque la propia institución arbitral decida crear una instancia centralizada de lucha contra la corrupción a la que los árbitros de todos los procedimientos arbitrales estarían obligados a informar y, posiblemente, a paralizar el arbitraje hasta que dicha instancia finalizase su investigación y adoptase una decisión al respecto. Esta sugerente estructura, por ejemplo, podría implementarse en el contexto de una futura corte internacional de inversiones.

¹²⁰ Raouf, Mohamed Abdel, *op. cit.*

¹²¹ Moran, Theodore H., *How Multinational Investors Evade Developed Country Laws to Prevent Bribery and Corruption in the Developing World-Including the US Foreign Corrupt Practices Act- and What Can Be Done About It?*, Center for Global Development Working Paper núm. 79, 2006, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=984044.

muy bien articuladas en esta materia, como la contenida en el Modelo del Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD) sobre inversión para el desarrollo sostenible.¹²² No obstante, todavía es excepcional que los TBI combatan expresamente la corrupción.¹²³ En este sentido, son positivas iniciativas como la inclusión de un artículo que se posiciona en contra de actividades corruptas en el nuevo texto modelo de TBI hecho público por el gobierno de India en el año 2015. La última versión disponible del texto consolidado del Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG —más conocido por su acrónimo en inglés, CETA—) da un paso más, impidiendo el acceso al sistema de resolución de controversias si la inversión se ha visto contaminada por conductas corruptas.¹²⁴

Los ya citados casos que actualmente están pendientes ante CIADI, en los que se ha planteado la cuestión de la corrupción, son una muestra de que nos hallamos ante una cuestión candente del actual sistema de arbitraje de inversiones. Dado que la lucha contra la corrupción y la defensa de la institucionalidad democrática son dos vasos comunicantes, bien merecen la pena todos los esfuerzos anticorrupción que se implementen en el futuro en el contexto del arbitraje de inversiones.

¹²² Artículo 13 —anticorrupción dentro de las obligaciones y deberes de los inversores y las inversiones—, artículo 18 —imposibilitando al inversor acudir al sistema de solución de diferencias en caso de haber violado el artículo 13—, artículo 22 —anticorrupción dentro de las obligaciones del Estado anfitrión— y artículo 32 —anticorrupción dentro de los derechos y obligaciones del Estado local— del Modelo del International Institute for Sustainable Development (IISD) sobre inversión para el desarrollo sostenible, disponible en: https://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook_es.pdf.

¹²³ Artículo 9 —obligaciones contra la corrupción— del Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty, disponible en: https://www.mygov.in/sites/default/files/master_image/Model%20Text%20for%20the%20Indian%20Bilateral%20Investment%20Treaty.pdf.

¹²⁴ Artículo 8.18.3 del CETA (Resolución de disputas de inversión entre inversor y Estados): “Para mayor certeza, un inversor no puede presentar una reclamación con base en esta Sección si la inversión se ha llevado a cabo a través de representación fraudulenta, ocultación, corrupción o conducta equivalente a abuso de proceso” (traducción del inglés realizada por la autora). El texto consolidado del CETA en inglés está disponible en: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf.

El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional. De la tensión al diálogo, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 14 de diciembre de 2018 en los talleres de Gráfica Premier, S. A. de C. V., 5 de febrero 2309, colonia San Jerónimo Chicahualco, Metepec, 52170 Estado de México, tel. 0172 2199 1345. Se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel *book cream* 70 x 95 de 60 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros. Consta de 1,000 ejemplares (impresión *offset*).

CON EL ENFOQUE DEL CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR Y DESDE LA mirada del *lus Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL) se han estudiado principalmente las dinámicas, los logros y los desafíos creados por la interacción entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos en los distintos países de América Latina. En esta obra, el ICCAL sale al encuentro del derecho económico internacional (DEI). Esto se debe, en particular, a las tensiones que se generan entre el DEI y el constitucionalismo transformador latinoamericano, las cuales pueden afectar negativamente la realización de los objetivos de este último, tales como los derechos humanos y la inclusión social. Sin embargo, el DEI también puede fomentar el logro de estos objetivos al generar los recursos económicos necesarios para superar la exclusión social y para promover los derechos socioeconómicos. Además, en un contexto en el que tanto el DEI como el ICCAL se ven amenazados por un nuevo nacionalismo que hasta hace pocos años era inimaginable, buscar vías de acercamiento que estén destinadas a amortiguar las tensiones y forjar sinergias entre las dos áreas constituye una tarea inaplazable para abordar la coyuntura actual.

El presente libro, que incluye contribuciones de expertos de ambas disciplinas, explora la interacción entre el ICCAL y el DEI desde diversas perspectivas y ofrece nuevos enfoques para concebir la relación entre estos dos regímenes. El desarrollo social y el crecimiento sostenible parecen esenciales para la puesta en práctica de un constitucionalismo transformador y la academia está llamada a construir puentes en esta dirección.

www.juridicas.unam.mx

