

89

SERIE
DOCUMENTOS DE TRABAJO
DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

**El Derecho Económico Internacional
y el ICCAL frente constitucionalismo
económico Latinoamericano
¿Fragmentación o integración?**

José Manuel Álvarez Zárate

SERIE DOCUMENTOS DE TRABAJO

El Departamento de Derecho Constitucional es una de las unidades académicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Sus documentos de trabajo dan a conocer los resultados de los proyectos de investigación del Departamento, así como las ideas de sus docentes y de los profesores y estudiantes invitados. Esta serie reúne trabajos de cinco importantes áreas del conocimiento: el derecho constitucional, el derecho internacional, la sociología jurídica, la teoría y filosofía jurídica,

Las opiniones y juicios de los autores de esta serie no son necesariamente compartidos por el Departamento o la Universidad.

Los documentos de trabajo están disponibles en www.icrp.uexternado.edu.co/

Serie *Documentos de Trabajo*, n.º 89
***El Derecho Económico Internacional y el ICCAL frente
constitucionalismo económico Latinoamericano. ¿Fragmentación o
integración?***
José Manuel Álvarez Zárate

Este documento puede descargarse de la página web del departamento solo para efecto de investigación y para uso personal. Su reproducción para fines diferentes, bien sea de forma impresa o electrónica, requiere del consentimiento del autor y la editora. La reproducción de los documentos en otros medios impresos y/o electrónicos debe incluir un reconocimiento de la autoría del trabajo y de su publicación inicial.

Los autores conservan los derechos de autor. La publicación de este texto se hace bajo los parámetros del *Creative Commons Attribution*. El autor del documento debe informar al Departamento de Derecho Constitucional si el texto es publicado por otro medio y debe asumir la responsabilidad por las obligaciones consecuentes.

Para efectos de citación, debe hacerse referencia al nombre completo del autor, el título del artículo y de la serie, el año, el nombre de la editora y la editorial.

© 2015, Departamento de Derecho Constitucional,
Universidad Externado de Colombia.
Paola Andrea Acosta, Editora
Calle 12 n.º 1-17 Este, Of. A-306. Bogotá, Colombia
www.icrp.uexternado.edu.co/

Presentación

Los *Documentos de Trabajo* son un espacio para la reflexión y el debate. A diferencia de otros formatos, esta serie ofrece un palco para los trabajos inacabados, para la discusión de las ideas en formación y el perfeccionamiento de los procesos de investigación. Se trata pues, de textos que salen a la luz para ser enriquecidos con la crítica y el debate antes de pasar por el tamiz editorial.

En esta colección se sumarán cinco grandes áreas del conocimiento: el derecho constitucional, el derecho internacional, la sociológica jurídica, la teoría y filosofía del derecho. Además, de poner a prueba nuestras ideas, el cometido principal de esta publicación es aportar a los debates actuales, tanto aquellos que se viven en la academia como los que resultan de la cada vez más compleja realidad nacional e internacional.

Esta publicación está abierta a todos los miembros de nuestra Casa de Estudios, profesores y estudiantes, así como a quienes nos visitan. Esperamos contar con el aporte de todos aquellos interesados en la construcción de academia.

MAGDALENA CORREA HENAO
*Directora del Departamento
de Derecho Constitucional*

PAOLA ANDREA ACOSTA A.
Editora

El Derecho Económico Internacional y el ICCAL frente constitucionalismo económico Latinoamericano. ¿Fragmentación o integración?

INTRODUCCIÓN

En una conferencia¹ llevada a cabo en el Max Planck de Heidelberg, se planteó el reto de superar un paradigma, el de la fragmentación entre los postulados del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL) y 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. También los posibles vínculos y/o tensiones entre derechos humanos y un área que cubre gran variedad de temas de naturaleza económica del DEI,² área que dentro de sus propias disciplinas 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

*Profesor Derecho Económico Internacional y Director Maestría 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 Heidelberg.

² Agricultura, estándares de producción industrial, políticas de desarrollo, propiedad intelectual, barreras al comercio, 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 de *Philip Morris c. Australia* y *Philip Morris c. Uruguay*, son un ejemplo claro de esa fragmentación al interior del mismo sistema de DEI.

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; que son dos comunidades epistémicas que no cuentan con lazos comunicantes, 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 ellas.

En la primera parte, mostraré que la visión básica del ICCAL como ha sido desarrollado,⁵ no ha generado suficientes instrumentos legales para generar un diálogo fluido⁶ en la dirección del DEI. En la segunda, daré cuenta de cómo el DEI ha generado algunos instrumentos legales hacia 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 artículo revisará algunos de los límites que impiden el diálogo, y mostrará los recursos previstos en las constituciones y el DEI, los cuales, en alguna medida, ya han empezado a comunicarse con los intereses que protege el derecho internacional de los derechos humanos. Por último, i) concluiré con algunas reflexiones sobre los guños de diálogo entre derechos humanos y DEI, y ii) sobre los peligros que encierra para la democracia y el estado de derecho en América Latina, seguir la propuesta que invita 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 tomen para que tomen decisiones que no están previstas legalmente dentro de sus funciones.

Según el ICCAL, las transformaciones han venido desde lo local e internacional, gracias al reconocimiento de las convenciones internacionales sobre derechos humanos en las constituciones, lo que ha permitido desarrollar un “constitucionalismo regional de los derechos con garantías

⁴ MARTIS KOSKENNIEMI, FRAGMENTATION OF INTERNATIONAL LAW: Difficulties arising from the diversification and expansion of international law. Report of the Study Group of the International Law Commission. A/CN.4/L.682, 13 April 2006

⁵ ARMIN VON BOGDANDY, *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador *Revista Derecho del Estado* n.º 34, enero-junio de 2015, pp. 3-50 Universidad Extenrado de Colombia

⁶ Un diálogo fluido, será aquel que 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, aún 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 llegar a que se den los acercamientos que permitan llegar a acuerdos.

supranacionales”⁷ el cual podría servir para “superar la profunda exclusión social a la luz de la triada derechos humanos, democracia y estado de derecho.”⁸ Esta visión del ICCAL es limitada, pues desconoce 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.⁹ En efecto, los textos constitucionales de varios países latinoamericanos muestran que desde lo local, ya se habrían abierto los puentes de diálogo jurídico, o integración si se quiere, entre los postulados de la promoción de la democracia, bienestar general, estado de derecho y los derechos humanos, con la economía de mercado abierta que promueve la vertiente liberal del DEI.¹⁰ 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,¹¹ 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,¹² lo cual demuestra que el diálogo entre las instituciones del libre mercado y derechos humanos a nivel local no es fragmentado, como si 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 dialogo jurídico está vivo en la medida en que se siguen dando las discusiones dentro de las cortes locales, y que este ha ido evolucionando en lo político en la medida de las posibilidades económicas de cada país.

⁷ BOGDANDY Externado... op. cit. p. 4

⁸ BOGDANDY Externado p. 5

⁹ Cfr. 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

¹⁰ Textos como el artículo 55 de la Constitución peruana dan cuenta de ello. Tratados. Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

¹¹ Ver artículo 63 inciso 1º Constitución 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.

¹² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU 747 de 1998.

El problema de exclusión social que pretende superar el ICCAL 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 que políticas públicas apoyan. Adicionalmente, esa discusión debe tener en cuenta los límites que han impuesto los tratados de comercio multilateral o regionales, como la OMC y los de protección a la inversión. Ello de suyo, supera el limitado diálogo constitucional regional en América Latina, y ha puesto el tema desde hace años en la discusión sobre la fragmentación del derecho internacional.

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,¹³ y no menos importante, si ese papel debe ser cumplido por los jueces internacionales¹⁴ mediante una decisión política de los Estados entregándoles más poder para que eviten la fragmentación, o más bien mediante procesos políticos transparentes en medio de una discusión democrática internacional entre los estados.¹⁵

Es importante recordar, que el constitucionalismo regional descrito por el ICCAL,¹⁶ se dio por los cambios políticos y económicos generados en las estructuras de poder ocurridos entre los años 80s y comienzos de los 90s. Se reformaron constituciones, y con ello modelos económicos en América Latina;¹⁷ se inició el proceso de desmonte de las políticas de sustitución de importaciones;¹⁸ se adaptaron las instituciones económicas locales a los requerimientos del modelo económico global; se fortaleció el sistema de

¹³ MANUEL GONGÓRA, en esta misma publicación.

¹⁴ En sentido general jueces como los de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, panelistas nombrados en el ámbito de disputas comerciales o árbitros en disputas internacionales entre estados e inversionistas.

¹⁵ Discusión que 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.

¹⁶ BOGDANDY, 4 (2015)

¹⁷ JOSÉ M. ALVAREZ, *Constitucionalismo Económico en Colombia*, en 20 años de la OMC: una perspectiva desde Latinoamérica, Eds. Dorotea López, Valentina Delich y Felipe Muñoz, WTO Chairs Argentina-Chile (2016).

¹⁸ Los cambios constitucionales en la región coinciden durante ese período, y varias constituciones decidieron adoptar el mismo modelo económico e instituciones económicas de regulación y supervisión. Argentina 1994, Bolivia 1994, Brasil 1993, Chile 1991, 1994, 1997, Colombia 1991, Costa Rica 1993, 1994, Ecuador 1993, 1996, 1998, México 1988-1994, Paraguay 1992, Perú 1993, 1995, Uruguay 1996 y Venezuela 1989.

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,¹⁹ y una transformación en la comprensión de la soberanía,²⁰ donde la caída del muro de Berlín y el final de la guerra fría sirvieron para generar mayor convergencia de políticas internacionales e ideologías legales, y un cambio en la estructura de prioridades para la sociedad internacional.²¹

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,²² 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* Latino Americano (IECLA),²³ 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.²⁴ Por lo tanto, para poder hablar de la existencia de un *Ius Constitutionale Commune*, un análisis comprehensivo debe considerar todo el espectro del abanico constitucional e incluir el constitucionalismo libertario económico 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, los criterios de eficiencia, al mismo tiempo que promueve los derechos

¹⁹ MARTIN DIXON. *Textbook on International Law*, Blackstone, London, 1993, p. 17.

²⁰ ARMIN VON BOGDANDY (2015).

²¹ CHRISTOPHER M. RYAN. *Sovereignty, Intervention, and the Law: A Tenuous Relationship of Competing Principles*. Rev. Millenium, Journal of International Studies, London School of Economics, 1997 Vol. 26 No. 1, p. 77.

²² Acuerdos regionales como TLCAN/NAFTA Tratado de Libre Comercio de América del Norte y la Comunidad Andina entre otros; acuerdos globales como la OMC, y bilaterales, como los tratados de protección de inversión BIT's.

²³ El 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 una IECLA, con mayores efectos que el ICCAL, a pesar que el libre mercado y la promoción de los derechos humanos es más un movimiento global que latinoamericano.

²⁴ Cfr. BOGDANDY 26 (2015) "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."

humanos. Una posición diferente es política, y merece tramitarse mediante los mecanismos políticos y diplomáticos.

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,²⁵ y las referencias al derecho de propiedad en la Convención de Derechos Humanos, lo cual fue recogido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁶, lo cual demuestra que las cortes pueden poner a dialogar los dos sistemas jurídicos – derechos humanos y economía liberal – y resolver los problemas de fragmentación, cuando cuentan con instrumentos legales formales que les han dado los países.

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 e inclusión,²⁷ a la luz de la triada derechos humanos, democracia y estado de derecho. Su agenda transformadora se inspira en que “un gran número de

²⁵ Ver proceso 03-AI-2006, donde niega el acceso a salas de juego por consideraciones a la salud; el proceso 90-IP-2008 donde señalo que “Más 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 se dejó sentado que “El 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 (párrafo 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.

²⁶ Caso BARBANI DUARTE y Otros Vs. Uruguay, d

²⁷ Ver, ARMIN VON BOGDANY, 2015, y BOGDANDY, EDUARDO FERRER MAC GREGOR, MARIELA MORALES ANTONIAZZI, FLAVIA PIOVESAN, Y XIMENA SOLEY, *Ius Constitutionale Commune en América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism*, MPIL Research Papers Series No. 2016-21. p. 2.

personas no son tomadas en cuenta por las instituciones” y merecen su “inclusión conforme a los principios constitucionales,”²⁸ 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 liberal.²⁹

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 constituciones de fines de los años 80 y comienzo de los 90. De esta forma, las posibilidades 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”* cierra las puertas de este movimiento de constitucionalistas, a pesar que la realidad muestra que varios textos constitucionales en América Latina ya cuentan con normas que reconocen ambos derechos.³⁰ 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 a abrir y ampliar los canales democráticos existentes hasta el momento y en esa medida se dotó 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 anclarlos 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 principios de economía de mercado, los derechos

²⁸ BOGDANDY 8 - 10 (2015)

²⁹ BOGDANDY, 7, 10,11 (2015). 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.

³⁰ Veinte años fueron suficientes para que constitucionalismo transformador olvidara que la decisión de incluir en los textos constitucionales la apertura a la internacionalización de los derechos humanos en sus ordenamientos fue política, no producto de sentencias judiciales.

a la propiedad y del mercado global³¹ que también adquirieron un peso constitucional propio por cuanto han servido para legitimar la toma de decisiones respecto de importantes decisiones de política pública y desarrollo económico, los cuales no deberían ser desconocidos por el ICCAL si se quiere promover el diálogo.³²

Además del problema de articulación epistemológica de los dos regímenes, la práctica internacional muestra que esta es real, evidente, y difícil de solucionar. A pesar de algunos triunfos que reclaman los defensores de derechos humanos³³ y medioambientales,³⁴ aún hay incertidumbres sobre la forma en que se resolverán otros casos,³⁵ 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,³⁶ quienes tendrían que actuar frente a la desigualdad.³⁷ De allí sigue la narrativa tradicional sobre lo que considera fue el enfoque tradicional de la soberanía en América Latina y a la doctrina Calvo, resaltando que esta, la soberanía hoy, “ha sido modificada por la globalización...”³⁸ En esa línea, el consentimiento

³¹ Cfr. Nota 24.

³² 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 la protección de la propiedad. Ver, El constitucionalismo económico en Colombia, en LÓPEZ DOROTEA, DELICH VALENTINA Y FELIPE MUÑOZ, *20 años de la OMC. Una perspectiva desde Latinoamérica*, p. 109

³³ Caso CIADI No. ARB/10/07 PHILIP MORRIS BRAND SARL et. al. v Uruguay; Caso UNCITRAL, PCA, No. 2012-12, PHILIP MORRIS Asia Limited c. Australia; Caso UNCITRAL/ICSID No. UNCT/14/2, Ely Lilly and Company c. El Gobierno de Canadá.

³⁴ Caso CIADI No. ARB/09/12 PAC RIM CAYMAN LLC c. La República del Salvador, laudo notificado el 14 de octubre de 2016; Caso PCA 2012-06 Peter A. Allard c. The Government of Barbados, Laudo 27 de junio 2016.

³⁵ Caso CIADI/UNCT No. 13/1/ Renco Group Inc. c. Perú; Caso CIADI No, ARB/16/41 Eco Oro Minerals Corp. c. Colombia

³⁶ En la Conferencia en Heidelberg el profesor BOGDANDY señaló que la Corte Interamericana de Derechos Humanos 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 5. Constitucionalismo transformador. La razón de esas funciones es porque pueden ser razonados y pueden ser corregidos. Los tribunales internacionales deben luchar por autoridad, pues en su visión no es algo que se recibe, es algo que se lucha, por lo que tienen que entrar en una lucha abierta con otras autoridades. Ver también Bogdandy, *¿En nombre de quien? Una teoría del derecho público sobre la actividad judicial internacional*, Universidad Externado de Colombia, (2016)

³⁷ BOGDANDY, Externado, p. 26

³⁸ BOGDANDY, Externado, p. 25, 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

del Estado, que es una importante fuente de legitimidad para la acción de las cortes internacionales, ya no sería suficiente,³⁹ 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.⁴⁰

El ICCAL entonces parece no reconocer la soberanía plena del Estado en los espacios de política pública que aún mantiene. 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, pero que la forma en que se han negociado los tratados aún permite mantener espacios soberanos para resolver autónomamente sobre sus preferencias políticas, sociales o económicas. En su visión, existe una disfuncionalidad institucional, que no permite resolver problemas superados por algunos estados de derecho desarrollados económicamente, y para ello, toma como modelo, los índices de medición de Estado de derecho que se toman para los negocios.

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,⁴¹ y que ayudaron a justificar posteriores intervenciones europeas en su misión civilizadora.⁴² 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

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.

³⁹ Ver, BOGDANY, ¿En nombre de quién? Una teoría del derecho público sobre la actividad judicial internacional, Universidad Externado de Colombia, 20 (2016)

⁴⁰ 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 M. Neves La concepción del Estado de derecho y su vigencia en Suramérica. En xx..Bogdany/Landa/Morales, 53 ss.; M. García Villegas, Ineficacia del derecho cultura del incumplimiento de reglas en América Latina. En C. Rodríguez Garavito, *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires 2011, 161-184, entre otros. BOGDANDY, Externado, 21-22 (2015).

⁴¹ ARNULF BECKER LORCA, Universal International Law: Nineteenth-Century Histories of Imposition and Appropriation, Harvard Int. Law Journal, Vol. 51, N. 2, Summer 2010, 475 ss.

⁴² ANTONY ANGHIE, Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law (2005) p. xx; JOSÉ MANUEL BARRETO, Human Rights From a Third World Perspective, Cambridge Scholars, (2013), p. xx

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 alto 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. 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 de derechos humanos americano, rompe un fundamento básico de la convivencia internacional, el respeto por la soberanía. Y justificaría 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,⁴³ con lo que se limita la capacidad de intervención, *policy space*, del Estado en temas de salud, ambientales o 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 puede estar usurpando funciones del Estado que no le fueron concedidas cuando se desborda en sus funciones. 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 sobre la función de resolver casos para los jueces internacionales, se continuarán presentado los problemas de coherencia y predictibilidad de las decisiones de árbitros de inversión y 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.⁴⁴ Las

⁴³ 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. Ver proyecto *Lex Mercatoria Publica*, financiado por el Consejo de Investigación de la Unión Europea. También Stephan Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge University Press 2009.

⁴⁴ 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 se encuentra desde el siglo XVII. Ver, Robert,

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 acomodarlo en otro, descontextualizar el asunto⁴⁵ y hacerlo ver funcional para todos los futuros casos. La experiencia con los jueces constitucionales al aplicar principios como el de proporcionalidad o 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 ampliando su sentido, con lo cual se ha puesto en riesgo la función de predictibilidad de la norma.⁴⁶ Ese riesgo de ampliar la base de principios de naturaleza constitucional como 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, derechos sociales y políticos a nivel mundial que no tienen futuro incluso en Europa y Estados Unidos, 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 si 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 había reconocido sino hasta ahora que abrió la discusión para este libro, que las garantías constitucionales de naturaleza social y económica en América Latina dependen más del nivel de desarrollo económico de cada país, que a su vez dependen de otros factores que no han tomado en cuenta las constituciones ni los tratados internacionales.

Finalmente, una forma de integrar los dos sistemas, es dotando 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

Ward, *An Inquiry into the Foundation and History of the Law of Nations in Europe, from the time of Greeks and Romans to Age of Grotius*. Vol. I. Strahan and Woodfall, London, 1795.

⁴⁵ Caso CIADI No. ARB/06/11, Occidental Petroleum Co. c. Ecuador, laudo del 5 de octubre de 2012

⁴⁶ Para un estudio comprensivo sobre la aplicación del principio de proporcionalidad, ver, Caroline Henckels, *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration. Balancing Investment Protection and Regulatory Autonomy*, Cambridge University Press (2015)

dos sistemas, los tribunales internacionales deciden.⁴⁷ El asunto está en el diseño de los mecanismos.

La desconfianza de los defensores de derechos humanos o medioambientales hacia una propuesta de entregar poderes de decisión sobre derechos humanos o medioambientales en arbitrajes de inversión 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 las dos cuestiones al tiempo y se generen los balances necesarios entre los diferentes derechos puede ser peor. Porque es que no decidir de forma integrada sobre los derechos de uno y otro sistema 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 a 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 al sistema en su conjunto y constituir un paso hacia el inicio de la articulación del sistema legal internacional que hoy no tiene por la fragmentación. Un punto vital dentro de la discusión que se debe adelantar, será la forma como 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, 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, debe ser una tarea en la que se debe trabajar denodadamente para que se adelanten los cambios políticos que se requiere y se tomen las decisiones necesarias para

⁴⁷ Por ejemplo, en el caso 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.

superar la fragmentación, porque solo a través del mismo, se logrará garantizar efectivamente 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 marco democrático dentro del Estado de derecho internacional.⁴⁸ El inicio puede estar al hoy alcance, mediante la aplicación de las las herramientas técnicas que dispone el derecho internacional público.⁴⁹

EL CONSTITUCIONALISMO DEL DEI⁵⁰

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.⁵¹ La búsqueda de la autoridad legitimadora liberal de los años 80s, 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.⁵² 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

⁴⁸ ROBERT MCQUORCODALE, *Defining the International Rule of Law: Defying Gravity?* ICLQ Vol. 65, Abril 2016, p. 277-305.

⁵⁰ Algunas de las ideas aquí expresadas se encuentran en: *Constitucionalismo Económico...*, ob. Cit. Nota xx

⁵⁰ Algunas de las ideas aquí expresadas se encuentran en: *Constitucionalismo Económico...*, ob. Cit. Nota xx

⁵¹ Para entender un poco más el proceso de construcción de instituciones en América Latina y la influencia occidental en las mismas, puede verse, *Colonialidad del Poder y Clasificación Social*, en Aníbal Quijano, *Cuestiones y Horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder*. Clacso, Buenos Aires (2014) <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20140506032333/eje1-7.pdf> consultado el 23 de julio de 2017.

⁵² En América Latina, el libro colectivo *Derecho Económico Internacional*, (1976) Fondo de Cultura Económica de México, Ed. JORGE CASTAÑEDA, JORGE WITKER Y JAVIER LÓPEZ MORENO, profesores en esa época de la UNAM publicación alentada por el Centro de Estudios Económico y Sociales del Tercer Mundo de la UNAM, reunió importantes abogados de Argentina, Colombia, Chile, etc., para discutir sobre los alcances del derecho económico internacional producto de los principios de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, para América Latina. .

multilateral como el GATT,⁵³ y que da como resultado la creación de la 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 Acuerdos Internacionales de Inversión (AII) durante más o menos el mismo período, coincide con el proceso de reformas a las instituciones económicas en las constituciones de los países en 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,⁵⁴ 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 de orden financiero. Esas reformas constitucionales produjeron cambios en las estructuras institucionales de poder al interior de los países, en los ámbitos 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*,⁵⁵ 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 AIIs, 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 ejemplo⁵⁶ de lo que sería esa nueva

⁵³ 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, *Teoría de la Acción Comunicativa*, Taurus, Madrid, 1987, tendría un grado de legitimidad más alto. Pero lo que ocurrió fue algo distinto, pues a través de diferentes estrategias se logró consolidar diferentes instituciones que promovían el libre mercado, la eficiencia, la libre competencia, sin tomar en cuenta las necesidades individuales de desarrollo de la gran mayoría de los países.

⁵⁴ Según revisión hecha por el autor, los cambios constitucionales coinciden en las fechas y en instituciones. Argentina 1994, Bolivia 1994, Brasil 1993, Chile 1991, 1994, 1997, Colombia 1991, Costa Rica 1993, 1994, Ecuador 1993, 1996, 1998, México 1988-1994, Paraguay 1992, Perú 1993, 1995, Uruguay 1996 y Venezuela 1989.

⁵⁵ Ver, MARIELA MORALES ANTONIAZZI, *Protección Supranacional de la Democracia en Suramérica, Un estudio sobre el acervo del Ius Constitutionale Commune*, UNAM, México, 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.

⁵⁶ Ver también la posición del ICCAL nota xxx

soberanía que permitiría la injerencia exterior en los asuntos internos, mientras que durante la guerra fría la sociedad internacional buscó resolver los conflictos armados centrandose su atención en aspectos como, el mantenimiento del poder del Estado y la inviolabilidad de la soberanía territorial.⁵⁷ Y por el otro, las instituciones económicas en los Estados tuvieron que cambiar los paradigmas sobre los que se sustentaban para favorecer los flujos de comercio e inversión,⁵⁸ 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 cabeza de los parlamentos o el ejecutivo, hacia entidades tecnocráticas que se dice son independientes, las cuales no responden claramente por sus actos, porque su función es la de generar continuamente regulaciones eficientes que alienten la libre competencia, conforme a estándares internacionales.⁵⁹ En esa línea, también se reconocen sistemas de solución de diferencias económicas entre particulares y el estado mediante el fortalecimiento de tribunales internacionales.⁶⁰ Estos cambios económicos se dan dentro del espacio constitucional que se comparte con lo que se ha llamado el nuevo constitucionalismo.⁶¹ Las dos variantes legales de ese “nuevo constitucionalismo”, la económica y social, entonces son 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 Max Planck en los últimos años.

A la luz de varias de las constituciones en América Latina, la OMC, los tratados de libre comercio y de inversión son legítimos porque en las

⁵⁷ CHRISTOPHER M. RYAN. *Sovereignty, Intervention, and the Law: A Tenuous Relationship of Competing Principles*. Rev. Millenium, Journal of International Studies, London School of Economics, 1997 Vol. 26 No. 1, 77.

⁵⁸ 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.

⁵⁹ Se trata de agencias regulatorias de servicios públicos, telecomunicaciones, como la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, CRC (Colombia), o la OSIPTEL (Perú), los Bancos centrales.

⁶⁰ La creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y los tribunales de arbitraje de inversión son dos ejemplos.

⁶¹ Ver, PEDRO SALAZAR UGARTE, *El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano (Una perspectiva crítica)*, UNAM, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3271/22.pdf> (visto por última vez el 11 de noviembre de 2016)

constituciones encuentran principios iguales o similares, es decir, que se 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 positivista⁶² 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.⁶³ 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,⁶⁴ financieras,⁶⁵ 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 derecho económico internacional. Este respeto a las disciplinas impuestas, ha supuesto una pérdida de la autodeterminación estatal en áreas que antaño eran 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 obliga a abrir su economía por la suscripción de un tratado internacional de carácter económico y a proteger las inversiones, este pierde parte de su

⁶² En el sentido de MAX WEBER, *Economía y Sociedad*, FCE, México, 1993, citado en *¿Cómo es posible la legitimidad a través de la legalidad?* Tanner Lectures, Jürgen Habermas, 1986. *Facticidad y Validez*, 535.

⁶³ Las estadísticas de la OMC sobre los casos de incumplimiento de obligaciones entre países latinoamericanos no son altas, comparadas con los caos 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.

⁶⁴ Desde los Tratados de Roma de 1957 que dieron origen a la Comunidad Económica Europea, hasta las del Acuerdo de Cartagena de 1969 que creó la Comunidad Andina

⁶⁵ Quien desde la posguerra no ha cumplido con las provisiones del Fondo Monetario Internacional o el BIRF.

autonomía en las materias precisas donde ha adquirido las obligaciones, en consecuencia, su potestad reguladora derivada de la Constitución, se ve limitada,⁶⁶ generando algunas veces tensiones con grupos sociales que no ven representados sus intereses en el acuerdo comercial.

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 entre el DEI y el ICCAL que se plantea, 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.⁶⁷

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 proteger la propiedad. En suma, debe seguir una agenda que integre los derechos en tensión, facilitar el diálogo y el balanceo 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.⁶⁸ 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 al momento de tomar decisiones judiciales o arbitrales, que con el pretexto de mejorar el acceso a los derechos que cada cual promueve dentro de su sistema, se termina afectando los derechos humanos o los derechos de acceso al mercado y protección de inversiones, y con ello 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 anti-técnicos.

⁶⁶ Ver, JOSÉ MANUEL ALVAREZ ZÁRATE, *La O.M.C. Comentarios jurídico-económicos para Colombia*, UEC, 1998.

⁶⁷ JOSE MANUEL ALVAREZ, *Constitucionalismo...* op. cit. P 109.

⁶⁸ Se trata de promover los derechos humanos, y al mismo tiempo el respeto por la iniciativa privada.

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 ley. En el caso de los jueces y árbitros internacionales, esos controles políticos y jurídicos no existen en la práctica, 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 pro-inversionista. 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 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 puede usar y no deben ser usurpados por árbitros o jueces internacionales.

Aceptar el argumento que ve al juez como creador de derecho, deja sin piso 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,⁶⁹ 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 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 económicos liberales, mediante procedimientos democráticos de alcance global, pues América Latina no está aislada y debe responder a las dinámicas del orden global y 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 constituciones, y que con ello, se han dado decisiones judiciales que han balanceado los derechos que cada área promueve.

El diálogo genera comunicación, cuando es entendido como un proceso de construcción donde no se subordina un área sobre la otra, ni se privilegia 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.

⁶⁹ Establishment of a Multilateral Investment Court for investment dispute resolution. *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, 2

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 de interpretación legales y el diálogo con las fuentes del derecho pueden servir de punto de partida, para lo cual habrá que encontrarlas 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, no cuentan con todos los instrumentos de política, ni con la capacidad individual para resolverlos.

En el espacio público global de esta sociedad global, las comunidades epistémicas del DEI e ICCAL hablan de promover la democracia y 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.⁷⁰

BIBLIOGRAFÍA

- ALVAREZ ZÁRATE, J. M. (1998). *La O.M.C. Comentarios jurídico-económicos para Colombia* (1a ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BIGELOW, J. (1917). *Breaches of Anglo-American Treaties. A Study in History and Diplomacy*. New York: Stugis & Walton Company.
- DIXON, M. (1993). *Textbook on International Law*. London.
- HABERMAS, J. (1986). *Facticidad y Validez ¿Cómo es posible la legitimidad a través de la legalidad?* Madrid.
- HABERMAS, J. (1987). *Teoría de la Acción Comunicativa*. Madrid: Taurus.
- MORALES ANTONIAZZI, M. (2015). Un estudio sobre el acervo del *Ius Constitutionale Commune*. En *Protección Supranacional de la Democracia en Suramérica*. México: UNAM.
- RYAN, C. M. (1997). *Sovereignty, Intervention, and the Law: A Tenuous Relationship of*

⁷⁰ El término de procedimientos comunicativos es de Jürgen Habermas, *Teoría de la Acción...*

- Competing Principles. (L. S. Economicos, Ed.) *Millenium, Journal of International Studies*, 26.
- VON BOGDANDY, A. (2015). Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. *Revista Drecho del Estado, enero-junio*(34), 3-50.
- VON BOGDANDY, ARMIN, FERRER MAC GREGOR, EDUARDO, MORALES ANTONIAZZI, MARIELA, PIOVESAN, FLAVIA Y SOLEY, XIMENA. (2016). Ius Constitutionale Commune en América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism. *MPIL Research Papers Series No. 2016-21*.
- ZOLO, D. (2007). The Rule of Law: A Critical Reappraisal. En P. C. Zolo, *The Rule of Law. History, Theory and Criticism* (págs. 3-72). Dordrecht, The Netherlands: Springer.

