

PRESENTACIÓN

¿El fin del derecho nacional?

El derecho que acompañó al Estado moderno, en los últimos tiempos ha venido cambiando de manera cualitativa, asociado a una “transformación” del Estado moderno mismo. Sin llegar a abordar lo que serían variaciones en el paradigma del Estado-nación y sin hacer un ejercicio de historia de los ordenamientos jurídicos o historia del Estado, ya que desborda completamente la finalidad de este texto, si se puede afirmar que existió una tipología ideal de la configuración de los órdenes jurídicos modernos que estuvo caracterizada, entre otras, por el monopolio en la aplicación y producción del derecho por parte del Estado; en la positivización dominante del derecho; en la pretensión de construir un sistema jurídico más o menos cerrado; en limitar jurídicamente el poder del Estado; en abstraer las condiciones reales de los individuos a través de la nociones de ciudadanía, sujetos de derecho e igualdad ante la ley, y en ofrecer condiciones de seguridad jurídica para los individuos.

Esta forma de entender el derecho ha sufrido cambios importantes en consonancia con los cambios del Estado y de la economía, así como de las luchas sociales y políticas, entre otras, a la luz del proceso de globalización. Globalización que puede entenderse, preliminarmente, como la multiplicación e intensificación de las relaciones económicas, sociales, políticas, jurídicas y culturales transfronterizas a escala planetaria, lo cual significa una transformación del espacio, el cual ya no termina en lo nacional, ni en lo internacional; y del tiempo, lo cual conlleva la posibilidad de actuar en algunos ámbitos en tiempo real a nivel supranacional o planetario¹.

¹ Ha sido prolífica la construcción conceptual y el debate analítico durante las últimas dos décadas del fenómeno de la globalización. Para Rajagopal (2005) la globalización estaría dada por una rápida movilidad de personas y capitales a través de las fronteras, resultando de dicho proceso una serie de identidades y valores intercambiables y superpuestos. Por su parte Santos (1998) presenta su propia definición de globalización indicando que ésta es un proceso a través del cual una determinada condición o entidad local amplía su ámbito a todo el globo y, al hacerlo, adquiere

Los cambios acaecidos a propósito de la globalización han estado acompañados por transformaciones jurídicas que han provocado un replanteamiento de los referentes clásicos del derecho de matriz estadocéntrica, y se han unido a las tendencias previas ya existentes. Ahora bien, al presentarse procesos de multiplicación e intensificación de las relaciones jurídicas transfronterizas a escala planetaria, es pertinente preguntar ¿estamos ante el fin del derecho nacional a manos de la globalización?, ¿existe una adaptación –voluntaria o forzada– de los órdenes jurídicos nacionales al nuevo marco de interacción transfronteriza planetaria?, ¿qué comprende y fundamenta el llamado *derecho global*?, ¿cómo se corresponden las regulaciones jurídicas nacionales y transnacionales en el mundo hoy? Estas y otras preguntas de la actualidad del campo sociojurídico llevaron al Comité Editorial de la revista *El Otro Derecho* a formular a la comunidad académica y a los activistas jurídicos el abordaje del tema ***el acceso al derecho global*** en un número monográfico².

Transformaciones de los sistemas jurídicos

Es claro que las regulaciones nacionales siempre han estado influidas por el contexto internacional, principalmente en lo referente al derecho comercial y a la seguridad. No obstante, la globalización propone un escenario cualitativamente nuevo, con relación a la histórica influencia externa en los ordenamientos nacionales. El fenómeno al que Boaventura De Sousa Santos (1998) llama transnacionalización de la regulación jurídica estatal, y que refiere a cambios en el derecho estatal de un país influidos decisivamente por presiones internacionales, presenta para este autor, dos novedades con relación a procesos

la capacidad de designar como locales las condiciones o entidades rivales. López (1999) indica que la globalización no es sino el reflejo de los cambios en las coordenadas espacio-temporales, en las formas y organización de la producción y el consumo, permitidos y acelerados por los avances tecnológicos. Y Javier Rincón Salcedo (2008) define la globalización como la etapa actual del desarrollo del fenómeno de la mundialización como parte integrante de la teoría capitalista, caracterizada por la importancia de la dimensión financiera y la intensificación de los procesos de integración entre las economías nacionales. Para un acercamiento a las definiciones sobre la globalización véase Santos (1998, 37-67), Alegría (s.f.) y el artículo de Herreño de la presente publicación.

² Es imperativo señalar que buena parte de los análisis del equipo ILSA aquí presentados (exceptuando el artículo de Héctor-León Moncayo) fueron generados y alimentados en el marco del proyecto Transformaciones Globales del Derecho Internacional, desarrollado por el Instituto entre los años 2010 y 2011, el cual contó con la financiación del Programa Fortalecimiento del Estado de Derecho (Fortalesder) de la Agencia de Cooperación Alemana para el Desarrollo - GTZ (hoy GIZ).

anteriores, en primer lugar, es amplio y de largo alcance, pues cubre un gran margen de intervención estatal y requiere cambios drásticos en el patrón de intervención; y de otra parte, implica la profundización en las asimetrías del poder entre el Norte y el Sur global, ya no sólo entre Estados, sino que los países más débiles actúan como iguales o incluso inferiores a los agentes transnacionales privados, como por ejemplo, las agencias financieras internacionales y los organismos multilaterales.

Los casos de transnacionalización del derecho más significativos se encuentran en una red de localismos globalizados y globalismos localizados que acompañan las transformaciones de la acumulación del capital y del imperialismo cultural occidental a escala global (Santos, 1998)³, lo que pone de manifiesto las disparidades presentes en el proceso de globalización del derecho⁴, al punto de poder afirmarse que existen Estados y pueblos cuyos marcos normativos nacionales son objeto de globalización, mientras que, otros, mantienen –y blindan- sus ordenamientos jurídicos nacionales⁵.

También se ha podido evidenciar que a partir de la globalización, se implementó una adecuación –más no una desaparición- institucional y legal de los marcos estatales, como lo fue la promulgación durante buena parte de finales del siglo XX de un Estado de derecho orientado a garantizar seguridad jurídica, mantener el orden público y respetar la libertad económica, es decir un Estado de derecho adecuado a los requerimientos del proyecto neoliberal global (Rodríguez, 2009), incluyendo la estipulación de Cartas que han sido caracterizadas como constituciones políticas del mercado total, puesto que incorporan contenidos normativos en clave de derecho global (Estrada, 2006).

El artículo que abre la presente publicación, titulado *Una revisión de los principios procesales del derecho global*, del investigador de ILSA, Ángel Libardo Herreño Hernández, aborda elementos fundamentales frente a las transformaciones de los sistemas jurídicos en el marco de la globalización. Herreño parte del debate iusfilosófico

³ *Localismo globalizado*, es una de las formas de globalización que consiste en el proceso de globalización exitosa de un fenómeno local; y *globalismo localizado* refiere al impacto específico de las prácticas e imperativos transnacionales en las condiciones locales, que son así desestructuradas y reestructuradas con el fin de responder a dichos imperativos (Santos, 1998).

⁴ Por su parte Rincón (2008) define la globalización del derecho como “el movimiento de armonización de los sistemas jurídicos a través del cual se formulan nociones comunes que permiten dar respuestas homogéneas a las necesidades jurídicas transnacionales introducidas por el fenómeno de la globalización”.

⁵ El primero sería el caso de los países del Sur global y el segundo el de Norteamérica, Europa, Japón y China.

entre iusnaturalismo y positivismo para abordar la configuración de los principios en el derecho internacional. Indica el autor que éstos tienen una base axiológica, que crea o constituye a la comunidad internacional y sin la cual ésta no puede existir (dignidad humana, paz, justicia, autodeterminación, etc.) de igual forma, sostiene que los principios son valores sociales producto del consenso general, preexistentes (por lo cual no se crean, sino se descubren), ligados al sentido común, a la experiencia histórica y a la conciencia colectiva, en este sentido los principios del derecho internacional *crean a la Comunidad Internacional y son esencialmente constitucionales*, ellos son expresión del iuscogens, por lo mismo imperativos y de aplicación erga omnes, diferenciándose, según el autor, de aquellas obligaciones del ámbito internacional que no son valores esenciales globales, y en consecuencia sólo tienen fuerza vinculante interpartes, como es el caso de las normas del sistema multilateral de comercio.

Con estas bases, el ensayo continúa planteando y confrontando lo que se ha difundido como categorías de principios del derecho internacional: (i) los provenientes del derecho internacional, donde estarían los del iuscogens; (ii) los denominados principios del derecho interno; y (iii) los relacionados con derechos internacionales especiales o particulares; suma a las anteriores una cuarta categoría, los principios provenientes de codificaciones del softlaw, en la cual se encontrarían, entre otros, los principios de Unidroit y los del derecho administrativo global.

Ahora bien el autor, a la hora de presentar el derecho administrativo global, problematiza en la noción misma de derecho global, ya que ésta supone la aceptación de derechos corporativos de agentes privados del derecho internacional, los cuales se incorporan a la jurisdicción global vía softlaw, dándose prevalencia en los nuevos escenarios de solución de conflictos a éstos y no a los tratados de cumplimiento erga omnes, como son los que estipulan a los derechos humanos. Posteriormente el texto toca lo que serían los principios del derecho administrativo global, según la doctrina reciente, y da luces sobre los principios procesales del derecho internacional contemporáneo (o derecho global), para finalizar presentando un ejercicio de aplicación, de dichos principios, en tres instancias: el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC y el CIADI, ejercicio que permite al autor concluir de manera empírica lo que teóricamente había sostenido a lo largo del texto: las normas y principios de derechos humanos tienen mayor peso específico que aquellos que se articulan en el derecho internacional del comercio y las inversiones. Sin duda por la presentación hecha sobre el derecho global

y sobre los diferentes constructos teóricos alrededor del derecho global, hacen de este un documento base para introducirse al tema.

El artículo del colega Ángel Libardo Herreño, es la puerta de entrada al tema central en los trabajos de los otros autores: las regulaciones del derecho global.

Regulaciones del “derecho global”

Como se ha referido, la dinámica conflictiva y contradictoria de la globalización se ha acompañado del surgimiento de nuevas formas de regulación económica, social, política, cultural y jurídica. Sin duda, estamos asistiendo a una suerte de subversión del *viejo derecho*, que tiende a ser redefinido dentro de un contexto de un nuevo derecho, que algunos de los autores ya citados llaman *derecho global*. Este derecho se encuentra en un proceso de despliegue y de permanente conformación lo que lo somete a la dinámica contradictoria de la globalización, así como a las acciones de los actores sociales y políticos que también lo constituyen.

En el contexto antes descrito, uno de los aspectos que menos desarrolla es el de la conflictividad de y en la globalización y el acceso a instancias globales de solución de controversias, entendidas éstas también como un campo de lucha. En la actualidad asistimos al fortalecimiento de diversas instancias de derecho global que tienen la capacidad de tramitar algunos tipos de conflictos políticos o económicos contra los Estados, como de otras que cuentan con importante capacidad de coerción para resolver conflictos entre Estados. El acercamiento a esas instancias, desde la perspectiva de quienes pudieran considerarse las víctimas, adquiere la mayor importancia.

Es sobre este tema que tratan los tres artículos siguientes que contiene este número de El Otro Derecho. El profesor de la Universidad Nacional de Colombia e investigador de ILSA, José Germán Burgos Silva, en su estudio: *La judicialización del derecho internacional en el contexto de la globalización. Algunas reflexiones*, presenta una ruptura con la tendencia nominativa de derecho global, ya que para referir a los fenómenos jurídicos asociados a la mundialización o existencia de un mundo global, el autor opta por el término derecho internacional *contemporáneo*. El texto inicia señalando el aumento y fortalecimiento de los mecanismos de solución de conflictos internacionales, conflictos muchos de los cuales son propios del fenómeno de la globalización. Indica que existen diversos escenarios políticos y sociales en los cuales se manifiestan los conflictos de la globalización, siendo los escenarios jurídicos tendencialmente excepcionales, encontrándose dos tipos de respuestas de este orden: una, las del derecho nacional

(con sus limitantes) y otra, las respuestas del derecho internacional que tramitara y soluciona ciertos conflictos de la globalización. Con base en lo anterior, Burgos Silva abordan el concepto de diferencia internacional, arguyendo que éste es propio del derecho internacional en el cual sólo se permite el acceso a aquellos sujetos reconocidos por éste, quedando múltiples conflictos de la globalización sin solución en este ámbito.

Posteriormente el artículo presenta los mecanismos de resolución de disputas internacionales, clasificándolos en políticos, espacios de mediación y conciliación, mecanismos arbitrales y procedimientos judiciales. Estos últimos, han venido ganando terreno en el escenario actual, rompiendo con el patrón histórico que daba prioridad a los políticos y arbitrales. Al indagar por las características transversales de los mecanismos judiciales, encuentra el autor que su funcionamiento ha descansado en buena parte en la voluntad de los Estados, quienes los crean, admiten y aceptan sus decisiones como vinculantes; señalándose que con el proceso de globalización estos mecanismos se han visto fortalecidos, bien por un crecimiento de las instancias de naturaleza jurídica multilateral o entre Estados, o una intensificación del uso social de los mismos.

Héctor-León Moncayo, economista e investigador de ILSA, nos presenta el ensayo *Los Tratados Bilaterales de Inversiones*, en donde hace alusión a las formas y lecturas que en diferentes momentos se han dado a la inversión extranjera directa, y cómo la realidad económica llevó a cambios en el abordaje macroeconómico y contable lo que condujo a los Estados a hacer frente a actores transnacionales del capital global con intereses particulares diferenciados del interés público nacional. Para el autor se presentan una serie de conflictos de intereses entre las empresas transnacionales y los Estados, detallando en su abordaje los principales puntos de negociación entre gobiernos y empresarios, así como la difícil situación en la que se ven los primeros para asegurar los posibles beneficios de la inversión extranjera. Posteriormente el texto presenta los tratos dados y los debates en torno a la inversión extranjera en Colombia y en el grupo andino, así como en el escenario global, particularizando en la reglamentación y protección jurídica a las inversiones, los dictámenes del orden neoliberal y su aplicación en nuestro país. El profesor Héctor-León hace una narración histórica del surgimiento y desarrollo de los TBI, caracteriza sus principales rasgos profundizando en principios y mecanismos de solución de controversias, a la luz de lo que significan jurídicamente: “una suerte de imposición que se hace en nombre de un supuesto derecho internacional”.

Tres de las principales modalidades de protección de los derechos del capital son expuestos en el citado ensayo, en primer lugar, el TLCAN, estrategia de Estados Unidos para la protección de sus multinacionales; en segundo lugar, el Acuerdo Multilateral de Inversiones surgido en el marco de la OCDE, que aunque avanzó en materia de protección a los inversionistas y de la resolución de controversias, no pudo ver la luz; debido a la gran resistencia política y social que suscitó; y en tercer lugar, las apuestas de asociación y de inversiones de la Unión Europea. Finalmente, el autor presenta las alternativas emanadas de los movimientos sociales para hacer frente a los TBI y a los mecanismos de solución de controversias como el CIADI.

El siguiente texto que aborda las regulaciones del derecho global es *El mecanismo de solución de diferencias de la OMC: una caracterización*, del profesor José Germán Burgos Silva, quien nuevamente aporta a los debates sobre el derecho global. En el artículo se esbozan las tendencias analíticas sobre la presencia o no de un derecho constitucional global enmarcado en la OMC y en su sistema de solución de diferencias (SSD). Los análisis apuntan a señalar que el SSD de la OMC tiene carácter limitante y condicionante de la acción del Estado-nación, al estar concebida la función de resolución de conflictos como la defensa de un orden constitucional inspirado en la libertad de comercio internacional; a manera de crítica se plantea que este aire de “constitucionalismo global”, enmascara la intención de mantener el sistema del comercio multilateral al margen de interferencias políticas, buscando blindar y perpetuar el orden neoliberal global.

Posteriormente el investigador de ILSA, refiere a los ocho principios centrales para entender la lógica y funcionamiento del SSD. El texto es fundamental para comprender el carácter de constitucionalidad global de la OMC y del SSD, así como su misma existencia y funcionamiento, a partir de categorías analíticas que permiten complejizar el mero formalismo explicitado en los documentos constitutivos.

Los artículos enunciados permiten aproximarse a lo que son las dinámicas y conflictividades propias del proceso de globalización y a los dispositivos legales construidos para blindar el comercio global transnacional, siendo obligatorio reiterar el carácter desigual de la globalización, de su entendimiento y asimilación en las diferentes regiones del globo. El caso latinoamericano y colombiano evidencia lo que es la inserción subordinada a la globalización, expresada en lecturas locales y “parroquiales” del derecho.

La globalización del derecho en Colombia y en Latinoamérica

Más allá de lo que es la dimensión jurídica de la expansión del capitalismo global y de los derechos del capital, es evidente que aunque estamos ante claros procesos de transnacionalización del derecho, a nivel de la región de América Latina y en particular de Colombia, ha sido precario el abordaje académico y los estudios empíricos que den cuenta de los relacionamientos y las dinámicas locales-globales de las formas jurídicas, más aún ausente es el conocimiento útil para las poblaciones más perjudicadas por la globalización hegemónica, o por los globalismos localizados. Coincidimos con Rodríguez Garavito (2011), al afirmar que a pesar de que la práctica diaria de los actores jurídicos ha sufrido un proceso de globalización, el pensamiento legal latinoamericano continúa estando restringido al escenario local, incluso aquel que aborda temas clásicos del derecho internacional. Esto último debido especialmente a que los ámbitos académico y jurídico, y la doctrina, se construyen pensando en públicos y estrados nacionales. De igual forma ocurre con las legislaciones nacionales, las cuales se plantean considerando más los localismos y contextos nacionales, que las tendencias doctrinarias y normativas internacionales.

Los motivos por los cuales las regulaciones en América Latina se encuentran distanciadas y aisladas de los marcos globalizados están relacionadas con: (i) la permanencia del Estado-nación como unidad territorial, autoridad política y ordenamiento jurídico; (ii) la economía nacional como objeto de regulación y espacio de redistribución; (iii) la sociedad civil nacional como espacio de ciudadanía; y (iv) la equivalencia entre Estado y nación. Lo anterior implica el desconocimiento de las prácticas globalizadas que se dan en la región y de las que participan los actores jurídicos (Rodríguez, 2011).

De otra parte, preocupa el “parroquialismo” jurídico en el caso de los litigios internacionales en los que participa Colombia. Por una parte, las sentencias de la Corte Interamericana gozan de gran difusión y son objeto de estudio en las escuelas de derecho, así mismo, éstas son usadas como interpretación oficial de los convenios y tratados regionales de derechos humanos por parte de la Corte Constitucional⁶,

⁶ Son diferentes temas los que han venido siendo objeto de abordaje por parte de la Corte Constitucional en cuya resolución ésta ha tomado como referencia jurisprudencia de la Corte Interamericana, se destacan la protección del derecho de los pueblos indígenas y las comunidades negras a ser consultadas antes del inicio de proyectos económicos en la Sentencia T-769 de 2009, donde el alto tribunal referenció al fallo *Saramaka Vs. Surinam* (noviembre 28 de 2007);

pero a su vez, cuando los fallos del Sistema son adversos a Colombia, se rechaza el accionar y proceder del Tribunal y se plantea el desconocimiento del mismo⁷. En la misma línea, la reacción ante el fallo de la Corte Internacional de Justicia respecto del litigio fronterizo entre Nicaragua y Colombia relativo al archipiélago de San Andrés y Providencia, evidenció en el país una lectura generalizada del derecho internacional contemporáneo con una clara orientación al “acatamiento a conveniencia”, expresado no sólo por funcionarios del gobierno sino por políticos, generadores de opinión y profesionales del derecho y de las relaciones internacionales lo que refleja una ambigüedad con relación a las instancias del derecho internacional.

Es precisamente sobre algunas instancias clásicas del derecho internacional contemporáneo que tratan los dos últimos artículos incluidos en este número de la revista *El Otro Derecho*, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos.

En *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Acceso y eficacia: algunas restricciones*, la abogada e investigadora de ILSA, Ana Lucía Maya, trata, de manera profunda y las restricciones de acceso y la eficacia del Sistema, identificando algunas de las propuestas hechas para fortalecerlo. Dentro del análisis presentado por la autora se puede observar como factores de orden estructural de la Organización de

y la estipulación y alcance de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación en los casos de graves violaciones a los derechos humanos, indicando el alto tribunal que la jurisprudencia de la Corte Interamericana tiene una especial relevancia constitucional, en cuanto constituyen una pauta hermenéutica no sólo para interpretar los derechos consagrados en la Convención Americana, sino también los propios derechos estipulados en la Carta (Sentencia C-715 de 2012). Sobre el precedente de la Corte Interamericana en la Corte Constitucional véase Córdoba (2007) y Escobar (2008).

⁷ Esto se presentó recientemente en los casos de la Masacre de Mapiripán Vs Colombia (Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134) y en la Masacre de Santo Domingo Vs Colombia (Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259). En el primer caso se desató una polémica mediática y política ya que se identificó que algunas personas se habían presentado como víctimas de los hechos sin serlo. Ante esto el gobierno colombiano solicitó la revisión de la sentencia, solicitud rechazada por la Corte que indicó que no estaban en duda los hechos y que, por tanto, no podía haber revisión del fallo. Es importante señalar que desde diferentes sectores se pidió que la Corte dejara de tener competencia para conocer de casos sobre Colombia. En Santo Domingo, la Corte condenó a Colombia por el bombardeo perpetrado por la Fuerza Aérea Colombiana el 13 de diciembre de 1998, en la vereda Santo Domingo, municipio de Tame, departamento de Arauca, en los hechos murieron 17 civiles y 27 quedaron heridos. Los alegatos en contra de la condena –y del Estado en el proceso-, aducían, la falta de competencia de la Corte Interamericana para conocer de crímenes cometidos en el desarrollo del conflicto interno colombiano, cuyo marco regulatorio sería el Derecho Internacional Humanitario, DIH, y no la Convención Americana, lo anterior fue desvirtuado en el proceso por la Corte Interamericana y refutado en la sentencia.

Estados Americanos, (OEA), dificultan el funcionamiento del SIDH, a saber: la ausencia de reconocimiento de los derechos humanos como tema central de la OEA, la falta de presupuesto para el sistema y la falta de aceptación de la Corte Interamericana como una instancia principal dentro de la organización. A estos elementos que impiden la eficacia, se suman aquellos que representan restricciones para el funcionamiento y para el acceso de las víctimas, como son la carencia de una labor permanente de la Corte, la distancia del Tribunal y de la Comisión en términos geográficos y del contexto socio-político mismo de los países, la imposibilidad de participación directa de las víctimas ante la Corte Interamericana y la falta de competencia material en temáticas como las relativas a derechos económicos, sociales y culturales a pesar de ciertos avances que se han dado en su abordaje.

El texto incorpora un análisis de los factores procesales que dificultan el acceso al Sistema y su efectividad, dentro de los cuales se identifican la ausencia de recursos para las víctimas frente a la inadmisibilidad de las peticiones, la duplicación de procedimientos y la ausencia de un plazo razonable en la tramitación de los casos. Adicionalmente la autora registra los elevados costos del litigio ante la Corte IDH como un obstáculo para el acceso al Sistema: el costo de litigar un caso fácilmente supera los US\$55.000.00. El ensayo finaliza con el abordaje de elementos claves para evaluar la eficacia del SIDH: la inexistencia de un mecanismo de seguimiento, un exiguo papel de los órganos políticos de la OEA y la falta de voluntad política de los Estados para acatar y cumplir las decisiones.

El análisis propuesto por la colega Ana Lucía Maya, procura sumar al reto de impulsar las transformaciones requeridas en los órganos del Sistema y en las demás instituciones y organismos regionales, especialmente en los ajustes necesarios para asegurar en todo el hemisferio el goce efectivo de los derechos establecidos en la Convención Americana. En la actualidad, diferentes gobiernos de la región proponen la obsolescencia, reestructuración o cambio en los organismos regionales, especialmente de las instancias de protección de los derechos humanos, de allí que en el contexto del derecho internacional o de la política regional se desdibuje el papel de la OEA y ganen protagonismo otras plataformas de integración regional. Coincidimos con la investigadora Maya, así como con otros autores que señalan las principales preocupaciones actuales en América Latina por el derecho internacional de los derechos humanos⁸ (Escobar Gil, 2011),

⁸ Por ejemplo, Escobar Gil (2011) y Acosta y Amaya (2009).

en los siguientes puntos: (i) la necesidad de transformación constante de las instituciones del Sistema Interamericano, en vista de las nuevas realidades, las nuevas reivindicaciones frente a derechos, aún no desarrollados por la jurisprudencia y el papel cada vez más sofisticado y riguroso de la sociedad civil; y (ii) la promoción de un diálogo orientado al mejor funcionamiento del Sistema, diálogo que tiene que generar propuestas de reformas necesarias para garantizar la legitimidad de sus instituciones y su fortalecimiento, en procura de una mayor y efectiva protección de los derechos humanos. Consideramos que, sin la definición y estructuración precisa de una nueva herramienta regional de protección de los derechos humanos, la labor debe ser fortalecer y reestructurar el SIDH y la Corte Interamericana, para que cumplan con los objetivos para los que se establecieron adaptándose con esos fines a un nuevo contexto político-social regional que exigen entre otras cosas que aborden de manera más integral los derechos humanos, incorporando y protegiendo los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA), así como las nuevas demandas sociales y los llamados derechos emergentes.

Finalmente, Rosmerlin Estupiñán Silva, nos presenta *La carga de la prueba en casos de discriminación ante la Corte Europea de Derechos Humanos*, artículo de reflexión jurídica centrado en el estudio de la cláusula de no discriminación, contenida en el artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1951. Su propósito, es determinar el tratamiento en materia de carga de la prueba que reciben las presuntas víctimas de trato discriminatorio en los Estados miembros del Consejo de Europa, particularmente en casos de discriminación indirecta. La autora, a partir del análisis de la evolución jurisprudencial, presenta el abordaje de la carga probatoria, detallando lo que han sido los cambios en el papel de los demandantes y del Estado demandado, así como las razones que pueden llevar al juez europeo a decretar la inversión de la carga probatoria, éstas últimas pueden tener fundamento en, por una parte, el comportamiento de los órganos del Estado a la hora de abordar una posible discriminación, y por otra parte, en el análisis del derecho presuntamente violado.

Una vez identificados los móviles que llevan a la Corte Europea a decretar la inversión de la carga probatoria, la doctora Estupiñán Silva, presenta el procedimiento de ésta, específicamente, lo relacionado con el aporte al proceso de la prueba sumaria de la discriminación por parte de la víctima y la obligación probatoria del Estado cuestionado de suministrar el acervo probatorio orientado al convencimiento de la Corte de la justeza de su acción, en el marco de los compromisos convencionales.

El objeto de estudio del artículo presenta una actualización importante. Por un lado, en tiempos de crisis económica, el tratamiento discriminatorio *de facto* en el acceso a derechos y servicios se ve agudizado; entre las razones frecuentes de discriminación pueden mencionarse el sexo, y el origen étnico, religioso o nacional, por ejemplo. Por otro lado, cualquier persona que resida en el territorio de uno de los Estados miembros del Consejo de Europa, independientemente de su nacionalidad, puede elevar una petición ante la Corte Europea de Derechos Humanos. Esta realidad supone un reto importante para los Estados, que deben mantener el equilibrio entre la obligación de no discriminar y la implementación de sus políticas prioritarias en materia de economía nacional y orden público.

Tanto el texto de Ana Lucía Maya como el de Rosmerlin Estupiñán nos presentan elementos de acercamiento al acceso y procedimiento ante tribunales regionales de protección de derechos humanos, ensayos que sin duda están en clave de aporte a un campo de confrontación y disputa, como lo es el derecho internacional contemporáneo (o el derecho global) y las dimensiones jurídicas del capitalismo hoy.

Resistencias a la globalización y a sus marcos jurídicos

El capitalismo global lleva a que todos los aspectos de la vida sean expropiados para la acumulación: los derechos de propiedad intelectual, la naturaleza y los bienes comunes, los derechos de propiedad comunales, los DESC y las empresas públicas. Estos procesos suceden a en escala mundial y buscan la superación de las barreras espaciales y temporales (Harvey, 2003), ante esta arremetida surgen estrategias de resistencia y alternativas a la globalización económica capitalista implementadas por movimientos sociales cuya acción colectiva contiene fuertes matices político-jurídicos.

Las realidades ligadas a la globalización han devenido en nuevos órdenes jurídicos y normatividades frente a las cuales se han desenvuelto los movimientos sociales y las luchas políticas contrahegemónicas. Al día de hoy, en escenarios globales, se están definiendo los catálogos de derechos de grupos excluidos como los indígenas, los adultos mayores y los campesinos, que impulsan a estos actores colectivos a ejercicios de incidencia política y movilización transnacional, claros ejemplos de esto los describen Santos y Rodríguez como la legalidad cosmopolita subalterna (Santos y Rodríguez, 2007).

Igualmente más allá de las fronteras nacionales se regula sobre cambio climático, derechos humanos y empresas transnacionales, formas contemporáneas de esclavitud, trabajadores migrantes, etc.; así

mismo, por fuera del ámbito nacional también se accede a sistemas de justiciabilidad, se formulan estrategias jurídicas y se hace uso del derecho como campo de lucha fuertemente politizado mediante la acción y la movilización social. Lo anterior, según Santos y Rodríguez (2007), es la perspectiva de la legalidad cosmopolita subalterna, que identifica a ese cosmopolitismo ciudadano “desde abajo” que impulsa proyectos contrahegemónicos por fuera de las jerarquías y las fronteras interestatales, y se centran en la gran mayoría de la población excluida del mundo, especialmente ubicada en el Sur global por lo cual enfatiza en la inclusión social y tiene un carácter contestatario (Santos y Rodríguez, 2007).

Bien sea a partir de las transformaciones gestadas por los actores hegemónicos globales del derecho o por actores contrahegemónicos, lo cierto es que el derecho contemporáneo ha vivido importantes transformaciones que no permiten seguir entendiéndolo bajo los esquemas tradicionales de monopolio, sistematicidad, seguridad jurídica, formalismo etc. Parece pertinente entender cómo se dan esas transformaciones y de qué manera ameritan el surgimiento de categorías analíticas que den cuenta de realidades, especialmente categorías enfocadas al estudio desde abajo del derecho en la globalización⁹. En igual sentido, interesa ver cómo estos cambios afectan la posibilidad de realización de los derechos, especialmente de las poblaciones más débiles que recientemente lograron algún nivel de protección en el marco de los Estados constitucionales de derecho¹⁰.

Esperamos que este número de ***El Otro Derecho*** que el lector tiene en sus manos, aporte a un mayor conocimiento del proceso de globalización del derecho y de la transnacionalización de los ordenamientos jurídicos, y brinde elementos críticos para el análisis de los sistemas de protección de derechos humanos en tensión con los ordenes normativos del capitalismo global.

⁹ “Además de las teorías sobre la hegemonía que explican por qué las estructuras jurídicas globales son como son, necesitamos enfoques sociojurídicos capaces de decirnos por qué y cómo cambian. Ello implica a su vez dirigir nuestro análisis crítico hacia las formas plurales de resistencia y a las alternativas jurídicas que crean periódicamente las bases populares en todo el mundo” (Santos y Rodríguez, 2007).

¹⁰ Sobre apuestas orientadas a la protección de los derechos en el marco de la globalización se puede ver el ensayo “La globalización y la exigibilidad de los derechos humanos” de Alberto Yepes (2002).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACOSTA, Juana Inés y AMAYA VILLAREAL, Álvaro Francisco (2009), *Controversias procesales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Grupo Editorial Ibáñez.
- ALEGRÍA, Héctor (s.f.), *Globalización y derecho*. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/0/globalizacion-y-derecho.pdf>
- CÓRDOBA TRIVIÑO, Jaime (2007), "Aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al derecho constitucional colombiano". En: *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2012), Sentencia C-715, MP. Luis Ernesto Vargas Silva.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2009), Sentencia T-769, MP. Nilson Pinilla Pinilla.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012), *Masacre de Santo Domingo Vs Colombia*, Sentencia de 30 de noviembre de 2012, Serie C No. 259.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2005), *Masacre de Mapiripán Vs Colombia*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134.
- ESCOBAR GIL, Rodrigo (2011), "Controversias procesales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Reseña", en: *International Law*, No. 19, julio-diciembre de 2011, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, pp. 303-310.
- ESCOBAR MARTÍNEZ, Lina Marcela (2008), "El uso del precedente extranjero por parte de la Corte Constitucional colombiana", en: *International Law*, No. 13, noviembre de 2008, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, pp. 391-409.
- ESTRADA ÁLVAREZ, Jairo (2006), "Orden neoliberal y reformas estructurales en la década de 1990. Un balance desde la experiencia colombiana", en: *Ciencia Política* No. 1, enero-junio de 2006, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Departamento de Ciencia Política, pp. 141-178.
- HARVEY, David (2003), *El nuevo imperialismo*, Madrid, Akal.
- LÓPEZ AYLLÓN, Sergio (1999), *Globalización, Estado nacional y derecho. Los problemas normativos de los espacios deslocalizados*. Disponible en: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/142247.pdf>
- RAJAGOPAL, Balakrishnan (2005), *El derecho internacional desde abajo. El desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del Tercer Mundo*, Bogotá, ILSA.

- RINCÓN SALCEDO, Javier (2008), “La noción de “servicio de interés general”: un elemento jurídico de base para la construcción de un derecho global”, en: *International Law*, No. 11, mayo de 2008, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, pp. 203-224.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César (2011), “Navegando la globalización: un mapamundi para el estudio y la práctica del derecho en América Latina”, en: César Rodríguez (Coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, pp. 69-84.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César (2009), *La globalización del Estado de derecho. El neoconstitucionalismo, el neoliberalismo y la transformación institucional en América Latina*, Bogotá, Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones Sociojurídicas.
- SANTOS, Boaventura de Sousa y RODRÍGUEZ, César (2007), “El derecho, la política y lo subalterno en la globalización contrahegemónica”, en: Boaventura de Sousa Santos y César Rodríguez (Comps.), *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*, Barcelona, Anthropos, pp. 7-28.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (1998), *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, ILSA y Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.
- YEPES, Alberto (2002), “La globalización y la exigibilidad de los derechos humanos”, en: Héctor-León Moncayo (Ed.), *Lecturas sobre globalización, banca multilateral y participación*, Bogotá, ILSA, pp. 17-45.

Una revisión de los principios procesales del derecho global¹

ÁNGEL LIBARDO HERREÑO HERNÁNDEZ*

Recibido: 1 de abril de 2011 - Aprobado: 15 de mayo de 2011



RESUMEN

El documento explora dos debates jurídicos actuales de profundas consecuencias: (i) la aparición de un derecho global o de un derecho internacional contemporáneo adaptado a las circunstancias económicas y políticas de la globalización, en el marco de un pluralismo jurídico inédito, en el cual el derecho estatal e interestatal compite con nuevos espacios privados de producción y aplicación de normas jurídicas, lo que ha generado tensiones importantes a nivel de la primacía normativa que debe existir en casos donde convergen tanto reglamentaciones provenientes del derecho comercial internacional o de las inversiones, como del derecho internacional de los derechos humanos. (ii) La identificación de los principios procesales que deberían regir en ese derecho global, y su aplicación concreta en tres instancias: en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), en el Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y en el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial. Se pretende avizorar algunas alternativas para solucionar los conflictos normativos que plantea la globalización del derecho.

Palabras claves: Derecho global, derecho internacional contemporáneo, derecho comercial internacional, derecho internacional de los derechos

¹ Es necesario decir que para el análisis de los principios procesales, en las instancias que se abordan en este artículo, se contó con la participación decisiva de investigadores de ILSA. En el caso del mecanismo de solución de diferencias de la OMC, el profesor Germán Burgos aportó al análisis de la operación de los principios. En el procedimiento arbitral ante el Ciadi contribuyó Jorge Carvajal, y en lo atinente al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, colaboró la investigadora Ana Lucía Maya.

* Abogado de la Universidad Nacional de Colombia y Licenciado en Ciencias Sociales de la Universidad Pedagógica Nacional, Especialista en Derecho Constitucional y Candidato a Magister en Investigación Interdisciplinaria en Ciencias Sociales. Investigador de ILSA. E-mail: libardo@ilsa.org.co

humanos, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC), y Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial



ABSTRACT

The paper explores two current legal debates profound consequences: (i) the emergence of a global law or a contemporary international law adapted to the economic and political circumstances of globalization, as part of an unreleased legal pluralism, in which the state law and interstate racing new private spaces of production and application of legal norms, which has generated significant tensions the primacy level normative that must exist in cases where regulations converge from both international trade law or investments, as of international law of human rights. (ii) Identification of the procedural principles that should govern the global law and its practical application in three instances: American System of Human Rights (ISHR), the Dispute Settlement Body of the World Trade Organization (WTO) and the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) of the World Bank. Envision some alternatives are intended to solve normative conflicts posed by globalization of law.

Keywords: Global law, contemporary international law, international trade law, international law of human rights, American System of Human Rights (ISHR), Dispute Settlement Body of the World Trade Organization (WTO), World Bank's International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID).

PRESENTACIÓN

En este estudio se tratarán dos asuntos: primero, la conceptualización y los debates que entraña la noción de los “principios” que rigen el derecho global (si existiera), o en su defecto, sobre los principios generales ordenadores del derecho internacional (DI) en el contexto de la actual globalización, detentando problemas de coherencia y coordinación entre los principios vigentes en el DI y otros emergentes del derecho internacional del libre comercio y de las inversiones. Segundo, la inferencia de los principios procesales que deberían regir la resolución de las controversias con carácter internacional, revisando cómo esos principios procesales se aplican actualmente en tres instancias del DI contemporáneo: en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), en el órgano de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y en el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi) del Banco Mundial.

Este texto se desarrolla de acuerdo con esos dos asuntos y termina con un apartado de conclusiones en el cual se afrontan algunos dilemas en torno a la supremacía normativa en el derecho internacional, entre diferentes regímenes jurídicos y derechos.

Un problema adicional que se debe abordar en este ejercicio de identificación de los principios procesales del derecho global es el de las relaciones complejas, y no siempre pacíficas, entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional del libre comercio y de las inversiones. Para facilitar un análisis integrado de estos regímenes jurídicos, se aportarán argumentos a lo largo del presente texto que definen la jerarquía normativa entre ellos.

En este plano, es indispensable adoptar alguna posición con respecto a los conflictos o colisiones que se presentan entre las normas de derechos humanos internacionalmente consagradas y aquellas relativas al comercio internacional o a instrumentos de protección de las inversiones. De entrada sostendremos la supremacía de los instrumentos de derechos humanos sobre las normas del derecho internacional del libre comercio y de las inversiones, entre otras razones por ser aquellos parte del *ius cogens*², y en tal sentido, estar dotados de los atributos de imperatividad e inderogabilidad que los constituye en normas de orden público internacional, cuya axiología es la base misma de la existencia de la comunidad internacional, de la coexistencia pacífica y la cooperación entre los Estados y los pueblos en el mundo.

Otro punto que merece alguna posición nuestra, antes de comenzar la exposición del tema que nos convoca, es el atinente a la existencia de un derecho global. Digamos preliminarmente que existe en la teoría jurídica actual un debate abierto alrededor del concepto de “derecho global” que se expresa en dos vertientes: 1) una defiende que hay un derecho global emergente, consecuencia de una acelerada fragmentación del derecho internacional, cuya manifestación más notable es la privatización de parte de la producción de normas jurídicas

² Debe aclararse que no existe consenso en la doctrina jurídica internacional sobre la identificación del *ius cogens* en general, y tampoco alrededor de qué derechos humanos pertenecerían a estos principios imperativos. Por ahora, puede identificarse una tesis restringida de los derechos humanos que son *ius cogens*, que sostiene que solo caben en esa categoría los derechos fundamentales que han sido taxativamente identificados como tales por tribunales internacionales, entre los cuales se encuentran los que prohíben la esclavitud, la tortura y los tratos crueles e inhumanos, el tráfico de personas y el genocidio, entre otros semejantes. Otra tesis más amplia es la que proponen doctrinantes del derecho internacional que, al identificar las normas *ius cogens*, elaboran listados o categorías inclusivas de diversos tipos de derechos y normas imperativas (Gómez, 2003, 153 y ss.).

relativas a diferentes temas del comercio, las inversiones, las finanzas y la resolución de controversias, que ha estructurado, a su vez, nuevas jurisdicciones y culturas legales al margen del derecho público estatal e interestatal; 2) la otra entiende que con los fenómenos asociados a la globalización económica, el campo del derecho internacional público se ha transformado y fundamentalmente se ha adaptado a las circunstancias y conflictividades nacidas de nuevos sujetos de derecho y actores socioeconómicos transnacionales, cuyas interacciones desbordan las fronteras y soberanías estatales, incluyendo a las jurisdicciones de derecho público interno e internacional; tal adaptación implica resolver cómo se coordinan regímenes jurídicos de diferente naturaleza (pública y privada) que compiten por la producción y la aplicación de normas, y por la eficacia de determinados derechos.

Para nosotros, la noción de derecho global es problemática en la medida en que supone aceptar “derechos corporativos” de las empresas multinacionales, de organizaciones internacionales privadas o instituciones financieras, que con base en fórmulas de derecho blando (*soft law*), basadas en códigos de conducta voluntarios o en etéreos compromisos de responsabilidad social, diriman conflictos sociales en los que están involucradas graves violaciones a los derechos humanos.

La resolución de casos de grave impacto ambiental, laboral y social que desatan los proyectos de desarrollo impulsados por el capital transnacional, no puede, según nuestro criterio, dejarse liberada a la ineficaz actuación de microjurisdicciones privadas de carácter conciliatorio³, pues al estar en juego los derechos humanos de

³ Ejemplos claros de los bajos impactos y eficacia de estas instancias de conciliación *soft law* son los conocidos mecanismos de investigación de los bancos multilaterales. El llamado panel de inspección del Banco Mundial entre 1994 y junio de 2009 tramitó 58 denuncias. De ellas, el panel no registró (inadmisibilidad) seis casos (10,3 %) y en 18 más (31 %), no encontró méritos para recomendar una apertura de investigación. Sumadas las solicitudes de inspección a las que el panel no dio trámite y aquellas en las que no consintió investigación, el 41,3 % no llegó a ningún tipo de solución de los problemas alegados por los denunciantes. Si a esto se agregan los cuatro casos en los que el directorio, pese a la recomendación del panel de iniciar una investigación, la desaprobó, dicho porcentaje llega al 48,2 %. Es decir, que cerca de la mitad de las solicitudes hechas al panel quedan sin respuesta. Este alto índice puede explicarse porque los criterios de admisibilidad que utiliza el panel son difíciles de cumplir para los afectados y por la gran discrecionalidad que preservan las directivas del banco para solucionar o no los casos; ambas circunstancias se convierten en fuertes obstáculos de acceso a la justicia en este foro. (Con base en Panel de inspección del Banco Mundial, 2009). La misma ineficacia puede hallarse en el mecanismo independiente de investigaciones (MII) del Banco Interamericano de Desarrollo (BID): en quince años de existencia, el MII fue activado plenamente en el marco de cinco proyectos en los que intervinieron fondos del BID, de trece denuncias presentadas, lo que representa menos del 50 % de eficacia: el Proyecto Hidroeléctrico Yacyretá (Paraguay-Argentina, 2002), el Proyecto

poblaciones concretas, lo que procede es la vigencia de los estándares de respeto, realización y protección de la dignidad de las víctimas, aceptados en los tratados internacionales de derechos humanos por parte de los Estados⁴. En consecuencia, creemos que es mejor hablar de un derecho internacional contemporáneo en proceso de adaptación, cuya base son los tratados de derecho público aceptados por la comunidad internacional, en especial los de derechos humanos, que deben prevalecer como dijimos en todo conflicto frente a las normas del libre comercio y de las inversiones.

EL COMPLEJO DEBATE SOBRE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL

Como quiera que no existe una unificación doctrinal acerca del concepto de “principios”, cualquier tipo de acercamiento hacia una definición de estos que permita analizar el derecho global debe enmarcarse en el complejo debate iusfilosófico que se ha suscitado alrededor de la estructura misma del derecho, y más específicamente sobre la estructura de los sistemas jurídicos, discusión tan decisiva que ha escindido a la doctrina contemporánea entre iusnaturalistas y positivistas jurídicos. Uno de los problemas más álgidos en esta discusión sobre la estructura de los sistemas jurídicos es la definición de los principios jurídicos y las reglas jurídicas como elementos integrantes del ordenamiento jurídico.

Se requiere ubicarse en el debate positivista-iusnaturalista para entender cómo se han acercado los doctrinantes a la definición de “principios”. Estas dos posiciones iusfilosóficas se diferencian entre sí en que, al someter un conflicto ante un juez, este operador jurídico se encuentra ante una disyuntiva: 1) que la norma que debe aplicar

Hidroeléctrico Cana Brava (Brasil, 2006), el Proyecto Termoeléctrico del Golfo (México, 2004), el Proyecto de Emergencia por Inundaciones (Argentina, 2006) y un segundo pronunciamiento sobre el Proyecto Hidroeléctrico Yacyretá (Paraguay-Argentina, 2004). Las demás solicitudes realizadas fueron declaradas inelegibles, o sin mérito para ser investigadas. En los cinco casos, el consultor consideró las solicitudes como sustanciales y el directorio aprobó proceder a una investigación independiente de las denuncias presentadas por los solicitantes. Respecto del caso del proyecto de la Hidroeléctrica Yacyretá y del proyecto Termoeléctrico del Golfo, el directorio ejecutivo concluyó que el BID había cumplido con su marco normativo, lo que indica a la postre que solo decidió sobre tres casos de los 13 presentados, es decir, un 39 % del total (Delaplace, Domitille, 2005). Debido en parte a los pocos casos solucionados por el MII hasta febrero de 2010, fue reemplazado por el mecanismo independiente de consulta e investigación (MICI).

⁴ Varias de las razones que justifican nuestra posición pueden encontrarse en Hernández Zubizarreta (2009); Gallardo y De Azevedo (2010); y Teitelbaum (2007).

comprenda los presupuestos fácticos del caso y, por lo mismo, basta con hacer un ejercicio lógico-formal de subsunción del caso concreto a la hipótesis normativa existente, que señala la solución definitiva, razonamiento que es considerado la base de la seguridad jurídica, y 2) que contrariamente el juez se enfrente a una situación fáctica no contemplada en el material normativo disponible, o que este la regule de manera confusa, incompleta o dé lugar a varias interpretaciones posibles para encontrar la solución; ante estas circunstancias no funciona el simple silogismo jurídico sino que el juez se ve obligado a encontrar o “descubrir” la solución más plausible para el caso, apelando para ello a razonamientos prácticos, al pensamiento analógico o a la aplicación de los principios generales del derecho (explícitos o implícitos) o de principios extrasistémicos que debe justificar por vía de la mejor argumentación jurídica.

El primer escenario de la decisión, el de los “casos fáciles”, no presenta problema funcional alguno pues el juez actúa simplemente como operador del sistema normativo. En cambio, el escenario de los “casos difíciles” (en los que no existe norma aplicable por lagunas o vacíos) se vuelve problemático porque el juez trasciende el papel puramente operativo para ubicarse en un papel de creador del derecho, situación que en una perspectiva formalista contraría una de las bases fundamentales del Estado de derecho, cual es la división e independencia de los poderes públicos.

No obstante, ante la necesidad de encontrar alguna solución al caso, se presenta la incertidumbre de reconocer que el derecho es incompleto, y existe, con mucha frecuencia, la imposibilidad de aplicar las reglas jurídicas, que son las normas hechas para regular los casos de manera cerrada e inmediata, según la fórmula “todo o nada” propuesta por Ronald Dworkin (1999, 8). Tal vez la cuestión más complicada de resolver en el escenario de los “casos difíciles” es hasta dónde es permisible la creatividad del juez para resolver los casos de esta naturaleza, sin incurrir en una completa subjetividad. En este sentido, se ha entendido que las fuentes del derecho, y entre ellas los “principios generales del derecho”, deben ser aplicadas para fundamentar la decisión en un contexto de inexistencia de norma aplicable, lo cual impide caer en la completa subjetividad del juez.

La separación entre reglas y principios también supone el reconocimiento de metodologías y razonamientos diferentes para la aplicación de cada orden normativo⁵, que, se cree, presentan

⁵ El debate entre reglas y principios ha dividido la doctrina en dos grandes tesis: una de separación débil entre ellas y otra de separación fuerte. La primera afirma que los llamados principios no

divergencias desde el punto de vista de su estructura y su aplicación⁶.

Para el positivismo moderado, al resolver los casos difíciles el juez debe basarse únicamente en principios explícitos, o sea, reconocidos directamente por el ordenamiento jurídico, lo que garantiza la seguridad jurídica, o apelando en última instancia a la analogía legis como método para resolver el conflicto. Para el iusnaturalismo, en cambio, el ordenamiento jurídico es insuficiente para informar el contenido de justicia en los casos difíciles, lo que hace necesario acudir a los principios del derecho natural, que se entienden como inmutables y han permanecido a lo largo de la historia, incluso antes de la formación del Estado y de las normas jurídicas; o en otras circunstancias, acudir a principios provenientes de otros ámbitos de la experiencia humana como la moral, la economía, la religión, etc., usando la analogía juris para concretar jurídicamente esos principios.

Dworkin se acerca al concepto de principios como “estándares que han de ser observados, no porque favorezcan o aseguren una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque son una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad” (Dworkin, 1999, 72). En esta perspectiva, conocer un principio es conocer el origen y desarrollo de los más caros ideales del grupo social, que son la base moral y política que informa todo el orden jurídico. Validar esta teoría supone defender la idea de que entre derecho y moral no existe clara separación sino interdependencia.

Desde las teorías que explican el derecho desde su funcionalidad y no desde su estructura, como por ejemplo la de Robert

son nada sustancialmente distinto de las normas expresadas en términos de reglas jurídicas. El carácter de toda norma se construye a partir de una elección valorativa que se realiza en las fases de creación legal (legisladores), aplicación y razonamiento jurídico (jueces). En dichas fases, el órgano de la aplicación o el intérprete justifican la configuración de una norma como principio, cuando le atribuye supuestas características diferenciales (de tipo estructural o funcional) frente a las otras reglas del sistema (Prieto, 1992, 131; Comanducci, 1998, 89-104). En la segunda tesis sobre una separación fuerte, se observan claras y precisas diferencias estructurales o funcionales que redundan en que el método de interpretación de unas y otras normas varíe. Estas diferencias señalan claras tipologías entre las normas, que implican diversas formas de interpretación y aplicación de los principios y reglas, distintas modalidades de argumentación y solución de los conflictos normativos, por ejemplo la colisión entre principios se resuelve mediante la ponderación (selección por su peso o grado de importancia), los choques entre reglas apelan a las técnicas de especificidad o temporalidad, lo que invalida a las otras que reclaman aplicación (Dworkin, 1999, 72 y ss.).

⁶ Para las distinciones conceptuales más significativas entre reglas y principios véase la caracterización elaborada por Jiménez Gil (2004).

Alexy, los principios se explican como “mandatos de optimización”, en contraposición a las reglas que son “mandatos definitivos”. La diferencia estriba en que los principios pueden ser cumplidos en diversos grados, teniendo presente que para su cumplimiento la medida ordenada depende de las posibilidades fácticas y jurídicas, mientras que las reglas se aplican de manera inmediata al poseer soluciones cerradas y completas para los casos (Alexy, 1993, 86).

Estas definiciones resultan muy abiertas para reconocer la naturaleza de los principios generales y procesales del DI, aunque aportan elementos importantes para argumentar a favor de la supremacía de los principios de derechos humanos en el orden internacional sobre los tratados de libre comercio y de protección de las inversiones. Se requiere, entonces, acudir a un concepto fuerte o unívoco de los principios que permita no solo identificar sus cualidades filosóficas y jurídicas con base en las cuales se puedan balancear o “pesar”, sino dar pistas para su identificación.

HACIA UN CONCEPTO UNÍVOCO DE LOS PRINCIPIOS (RASGOS DISTINTIVOS)

Como bien advierte el profesor Hernán Valencia (2007a, 69-124), a quien recurrimos para escribir este apartado, la doctrina del DI ha sido débil en construir una definición convencional, doctrinal y jurisprudencial de los principios generales del derecho que tenga carácter unívoco. Esta carencia se da en razón de que se han interpretado los principios partiendo de criterios sobreevidentes: 1) se da por sentado que existen antes de las instituciones políticas y provienen de valores supremos de la naturaleza o la moral (iusnaturalismo), o 2) se pueden inferir por razonamiento jurídico formal cuando son implícitos o sencillamente aplicarlos para llenar los vacíos cuando existen de manera positiva en el sistema jurídico (iuspositivismo).

Además, son múltiples los obstáculos para la aceptación de los principios en la doctrina y en la práctica del derecho: se les critica de ahistóricos, abstractos y subjetivos, se sobrevalora su función integrativa del orden jurídico, su pretendida base axiológica y la insuficiencia de las vías para descubrirlos o enunciarlos (Valencia, 2007b, 6-28).

El profesor Valencia propone estas dos definiciones de los principios: la primera, referida al proceso creador de la norma principal (o principio), acepta la “preexistencia de un valor fundamental y social, cuya aprehensión por parte de la comunidad internacional (los pueblos o el constituyente primario) le genera la convicción de obligatoriedad coercible de ese mismo valor (Valencia, 2007a, 75); la segunda, que es

complementaria, señala las cualidades ontológicas y gnoseológicas de los principios, se trata de normas jurídicas, fundamentales, imperativas, universales, tópicas, axiológicas, implícita o explícitamente positivas que sirven para crear, interpretar e integrar el ordenamiento jurídico internacional.

En la definición de los principios se encuentra una base axiológica. Desde un punto de vista óntico, contienen los valores como exigencias de orden moral, ético y político que crean o constituyen (constitucionales) a la comunidad internacional (CI), sin los cuales no podrían subsistir: la dignidad de la persona, la paz, la vida, la justicia, la seguridad, la libre determinación de los pueblos, la no intervención en la jurisdicción interna de los Estados, la cooperación, la solidaridad y el medio ambiente sano, entre otros. Estos valores fundamentales se oponen a los secundarios, que no contribuyen a crear la comunidad internacional y sin ellos pueden subsistir.

De igual manera son valores sociales, producto del consenso general en la comunidad internacional, a diferencia de los individuales (o morales) que persiguen fines privativos de un grupo de la CI (como los de las organizaciones supraestatales, de un Estado en particular o varios Estados asociados, o de cualquier otro sujeto de DI).

Otra base importante de la definición de los principios es la preexistencia de los valores fundamentales y sociales de la CI, lo que tiene dos alcances: 1) que existen antes que la CI los haga bilaterales (u obligatorios), positivos o jurídicos, y 2) que no son creados sino descubiertos y sobre los cuales se genera una convicción de ser obligatorios. Los principios nacen del sentido común, de la experiencia histórica o de la conciencia colectiva (de los pueblos o constituyente primario) que les confiere significación, e impone la observancia de conductas encaminadas a salvaguardar esos valores que se estiman imprescindibles para subsistir. Por eso crean a la CI y son esencialmente constitucionales.

En cuanto a sus cualidades, los principios son normas jurídicas (expresas o tácitas) que cumplen las funciones obvias de regulación de casos, adjudicación de derechos y deberes, fundamentación de fallos y constitución de ordenamientos jurídicos. Se caracterizan por ser las normas generales del DI, por lo cual su estructura normativa es abierta (no se distingue claramente el supuesto normativo y la consecuencia jurídica) y requieren regularmente normas posteriores (reglas, sentencias, laudos) que los especifiquen.

Los principios son normas constitucionales en el DI en sentido material, en otras palabras, se hallan consignados en diferentes

instrumentos internacionales aparecidos después de la segunda guerra mundial, por ejemplo, en la Carta de Naciones Unidas, en convenciones y en resoluciones emanadas de la misma organización, en especial la Resolución de la Asamblea General 2625/XXV de 1970 (declaración sobre principios del DI referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados), así como en instrumentos regionales (o supranacionales) de derecho público internacional. No es fácil sostener la existencia de una constitución mundial en sentido formal, contentiva de principios universales, como lo ha previsto cierta tendencia de la doctrina internacional de asimilar la Carta de la ONU con tal constitución. La Carta es un documento relevante pero solo incluye a los Estados miembros de la ONU, que no son todos; además, en el momento de su creación no previó derechos y deberes para la diversidad de sujetos jurídicos de DI que hoy actúan a escala global.

Adicionalmente, los principios son valores y normas imperativas, lo que indica que no están disponibles según la voluntad soberana de los sujetos de DI sino que se imponen aun contra ella, no pueden ser modificados ni ignorados, son taxativos y obligan en todo su contenido. En conjunto forman el orden público internacional, cuyas normas imponen deberes absolutos u obligaciones para todo el mundo (*erga omnes*). Los calificativos de fundamentales, constitucionales e imperativos significan lo mismo en la naturaleza óntica de los principios.

Finalmente, los principios materialmente constitucionales y los formalmente constitucionales se caracterizan por estar conectados con el *ius cogens* (ibíd., 93). Estas normas *ius cogens* se reconocen porque en su observancia están comprometidos el bien común, el orden público y la moral, los tres pilares fundacionales de cualquier comunidad, por lo cual son inmodificables y perennes y no pueden derogarse por arreglos entre sus destinatarios. Contienen mandatos inexcusables y sus conceptos son de orden deontológico al remitir a los máximos del deber ser que, por supuesto, se fundan en los valores superiores de la comunidad.

PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL COMO EXPRESIÓN DEL *IUS COGENS*

Ha sido difícil y confuso en la doctrina y la jurisprudencia internacional definir y enumerar de manera taxativa los principios *ius cogens*. Una primera dificultad para identificarlos es que, aunque el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados celebrados entre Estados (en adelante CVDT), incorporó una definición de *ius cogens* o de derecho imperativo, ese concepto resultó

incompleto pues se centró en las consecuencias derivadas del carácter imperativo de una norma del tipo *ius cogens* en los supuestos de colisión con una norma internacional de carácter convencional, pero aunque constató la existencia de normas imperativas no determinó cuáles eran.

La CVDT planteó más un problema que su solución. Las consecuencias que provoca la imperatividad de las normas que contienen principios del *ius cogens* tienen que ver con la anulación de las normas convencionales que las infrinjan, tal como está prescrito en el artículo 53 de la CVDT que dice:

Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

El artículo 64 de la misma CVDT refuerza la definición del *ius cogens* y sus efectos al agregar: “Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”.

- De los citados artículos de la CVDT se pueden extraer las siguientes características de los principios que conforman el *ius cogens*:
- El *ius cogens* forma parte del derecho internacional general en la categoría de normas imperativas, por lo cual a primera vista no habría lugar para pensar en la existencia de un *ius cogens* particular o regional. Frente a esto último, las opiniones están divididas: para algunos tratadistas, las normas *ius cogens*, al contener sencillamente los valores fundamentales de la comunidad, sean universales o regionales, se encuentran en el mismo nivel y no cabe distinguir categorías entre ellas, pues todas son sociales, estructurales y constitucionales (Valencia, 2007a, 118); a juicio de otros, aunque existe un *ius cogens* regional este cede en caso de conflicto frente al *ius cogens* universal (Martin, 2005, 665; Gómez, 2003, 79).
- Se trata de normas positivas (expresas o tácitas) de naturaleza imperativa del derecho internacional de carácter general, que al ser reconocidas por toda la comunidad internacional gozan de la *opinio iuris necessitatis*.

- Se expresan en forma de normas escritas (tratados, declaraciones, etc.) o en forma de normas no escritas (costumbre internacional), lo que indica que tanto un tratado como una costumbre pueden pertenecer en general al *ius cogens*⁷. Igualmente, algunos principios del *ius cogens* se encuentran plenamente establecidos en el DI, como el principio de autodeterminación de los pueblos. Otros, en cambio, se encuentran en formación (*in fieri*), como es la protección internacional del medio ambiente.
- Las normas que contienen los principios del *ius cogens* no admiten acuerdo en contrario por los sujetos del derecho internacional, en particular por los Estados, al celebrar nuevos tratados. En este sentido el *ius cogens* es inderogable al no estar disponible a la libre voluntad de los sujetos de derecho internacional⁸, o sea que sus normas no se pueden modificar y obligan en todo su contenido, de lo que deriva su fuerza imperativa. El artículo 53 de la CVDT señala, empero, que solo podría operar alguna modificación a una norma *ius cogens* por otra norma posterior del derecho internacional general que tenga el mismo carácter, nunca por una convencional o dispositiva del DI.
- Las normas que contienen los principios del *ius cogens* imponen obligaciones de efecto *erga omnes*, entendidas como de cumplimiento obligatorio para toda la comunidad internacional; es decir, que con independencia de la posición que adopte cada Estado frente a la norma *ius cogens*, esta debe ser acatada⁹.

⁷ En este sentido, explica el profesor Valencia, en modo alguno deben confundirse los principios y las costumbres, ambas fuentes formales del derecho internacional al tenor del artículo 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Los principios preexisten como valores fundamentales y sociales de la comunidad internacional, antes que ella los haga bilaterales (o jurídicos); en otras palabras, los principios no se crean sino se descubren por la comunidad internacional que los incorpora al derecho a través de las normas escritas y de las costumbres. Antes que un principio se vuelva consuetudinario hay un lapso de tiempo en el cual la conducta en que consiste el principio gana uniformidad, regularidad y permanencia. Por estas razones, principios y costumbres son fuentes formales autónomas e irreductibles (Valencia, 2007a, 77).

⁸ Muchos contenidos de estas normas del *ius cogens*, en particular las que tocan con la protección de los derechos humanos, se convierten en verdaderas cláusulas pétreas en el DI. Son claros ejemplos de estas cláusulas el derecho de petición individual internacional (que las víctimas tengan acceso a la justicia internacional) y la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos (Cançado, 2003).

⁹ Está aceptado en el DI que la desobediencia o el incumplimiento de una norma del *ius cogens* configura un hecho ilícito por parte del Estado infractor (extrapolable a cualquier sujeto de derecho

Recabando un momento en las relaciones entre las obligaciones *erga omnes* y el *ius cogens*, es importante mencionar que la Corte Internacional de Justicia, que por obra del artículo 66 literal a) de la CVDT tiene la jurisdicción obligatoria para dirimir las cuestiones atinentes a la interpretación y los problemas de aplicación de las normas *ius cogens*, en el conocido fallo *Barcelona Traction*, caracterizó aquellas obligaciones mediante dos elementos estructurantes: 1) se contraen ante toda la comunidad internacional y 2) contienen los valores esenciales para la comunidad internacional, que es lo que justifica que todos los Estados tengan interés jurídico en cumplirlas¹⁰. Por esto precisamente estas normas no están disponibles para los Estados o los demás sujetos del DI, y su fuerza imperativa radica en que limitan la autonomía de la voluntad al punto de imponerse aun y contra su consentimiento.

En consecuencia, se puede decir que todas las normas imperativas son *erga omnes* pero no todas las obligaciones *erga omnes* son imperativas. Las normas imperativas generales son las que han sido aceptadas y reconocidas como tales por la comunidad internacional en su conjunto, por expresar sus valores fundamentales; no admiten acuerdos en contrario y solo pueden ser modificadas por una norma ulterior de igual carácter. Vale advertir que no existe consenso sobre el reconocimiento de un tratado internacional como fuente del derecho internacional general, en el entendido de que todo tratado solo obliga a las partes signatarias. De lo que sí existe conciencia es de que en el derecho internacional general caben los principios fundamentalísimos aceptados por la comunidad internacional, por lo cual está blindado frente al voluntarismo de los Estados, que es el que rige comúnmente al derecho de base convencional. Una prueba palpable de esta inmunidad del derecho internacional general es que excluye las reservas.

Conforme a lo anterior, ha cobrado fuerza en la teoría jurídica la adhesión a la posición que los derechos humanos expresan principios del *ius cogens* (Alexy, 2003; Finnis, 1984; Vigo, 2000; Beladiez, 1994) por constituir los valores y normas jurídicas más fundamentales para la comunidad internacional. Adicionalmente, ubicados los derechos humanos en este marco, las obligaciones que imponen son *erga omnes*

internacional), que lo hace imputable de responsabilidad internacional agravada, anteriormente catalogada como "crimen internacional", pero que dadas las fuertes resistencias de muchos países frente a esta calificación, fue atenuada en el artículo 40 del proyecto de responsabilidad internacional de los estados por hechos ilícitos, presentado en el año 2001 por la Comisión de Derecho Internacional (CDI, 2001). Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobados por el comité de redacción en segunda lectura (A/CN.4/L.602/Rev.1, del 26 de julio de 2001).

¹⁰ Sentencia CIJ, Reports 1970, p. 32, párrafos 33-34.

en el sentido explicado por la CIJ en el caso *Barcelona Traction*, o sea, son obligaciones que se contraen ante toda la comunidad internacional e incorporan valores esenciales (o derechos esenciales), que hace que los Estados tengan interés jurídico en su cumplimiento (Cebada, 2002, 5). Así que las obligaciones de respeto, cumplimiento y protección que suelen asociarse con los tratados de derechos humanos son imperativas al poseer la naturaleza de *erga omnes*. Desde esta perspectiva solo cabe para el Estado obedecer las obligaciones de derechos humanos sin que le sea permisible recurrir a ninguna justificación basada en la soberanía estatal o en cualquier otra consideración para no hacerlo.

Contrario ocurre con otras obligaciones como las que imponen, por ejemplo, las normas de trato nacional o nación más favorecida que al quedar incorporadas en un tratado multilateral (como el del Acuerdo de Marrakech que dio origen a la OMC), son sin duda *erga omnes*, pero por carecer del atributo de ser valores esenciales para la comunidad internacional, no tienen carácter imperativo; en suma, no son *ius cogens* (o principios del DI general) y por lo mismo deben ceder frente a aquellas normas que sí tienen tal carácter, so pena de su nulidad.

En relación con estas normas del sistema multilateral de comercio, con mayor precisión se les clasifica en la categoría de normas de naturaleza convencional con obligaciones *erga omnes* interpartes. Las normas que tienen carácter estrictamente convencional no son imperativas. Solo tienen el *ontos* del *ius cogens* las normas que han incorporado valores preexistentes y aceptados universalmente por la comunidad internacional. Igualmente se incluyen aquí aquellas costumbres internacionales que se fundan en la misma deontología.

IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL DI

Con base en estos rasgos definatorios amplios que hemos descrito, se han hecho múltiples esfuerzos para el reconocimiento y categorización de los principios generales del DI y del *ius cogens* en particular. Como toda clasificación social, las propuestas que esbozamos a continuación son incompletas y no están exentas de críticas pero, en conjunto, permiten avizorar un panorama sobre lo dicho acerca de estos principios.

Un criterio diferenciador presente en la mayoría de los estudios es el de la generalidad o la mayor universalidad de unos principios sobre otros. Los primeros principios reconocibles serían los provenientes del DI mismo, entre los cuales se ubicarían los del *ius cogens*; en segundo lugar se encontrarían los denominados principios de los derechos internos y, en tercer lugar, los principios de los derechos internacionales

especiales o particulares (Valencia, 2007a, 117). Revisemos cada una de estas categorías de manera sumaria.

Principios provenientes del DI mismo

Esta categoría cobijaría los principios consagrados en la Carta de la ONU (Preámbulo y capítulo I: Propósitos y principios) y los incluidos en la Resolución 2625/XXV de 1970 (Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas). Entre estos principios se encuentran: la igualdad jurídica entre los Estados, la libre determinación de los pueblos, la independencia de los Estados, la no intervención en los asuntos internos de los Estados, el arreglo pacífico de las controversias internacionales, la buena fe, la cooperación de los Estados entre sí, la proscripción del uso de la amenaza o de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado y, finalmente, el principio de mayor hiperimperatividad al cual son reducibles todos los citados, como es el principio de la justicia o de la equidad (ibíd., 101).

Participan de esta misma naturaleza jurídica los principios recogidos en la Resolución 3281/XXIX (Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, capítulo I), entre ellos: el beneficio mutuo y equitativo en las relaciones económicas internacionales, el de la coexistencia pacífica, el de la reparación de las justicias existentes por imperio de la fuerza que priven a una nación de los medios naturales para su desarrollo normal, el del respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, el de la abstención de todo intento de buscar hegemonía y esferas de influencia, el del fomento de la justicia social internacional, el de la cooperación internacional para el desarrollo y el del libre acceso al mar y desde el mar para los países sin litoral.

Estarían incluidos también en este conjunto de principios los enunciados en el capítulo II, artículo 3 de la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA).

Por otro lado, al considerar el *ius cogens* dentro de esta clase de principios, son grandes las dificultades que se presentan para hallar una clasificación aceptable para todos. Como se expuso antes, el *ius cogens* forma parte del derecho internacional general en la categoría de normas imperativas, según las voces del artículo 53 de la CVDT. Para identificar estos principios contenidos en normas imperativas del DI, se han diseñado varias propuestas de orden metodológico, entre ellas la del jurista uruguayo Roberto Puceiro Ripoll y la del iusinternacionalista colombiano Caicedo Perdomo (Gómez, 2003, 154 y ss.).

Puceiro Ripoll agrupó las normas del *ius cogens* en varias subclases: 1) normas protectoras de los intereses y valores de la comunidad internacional¹¹; 2) normas que protegen los derechos de los Estados en cuanto tales y en sus relaciones recíprocas en tantos miembros de la sociedad internacional¹²; y 3) normas que protegen los derechos fundamentales de la persona humana¹³.

Por su lado, Caicedo Perdomo elaboró esta clasificación de las normas imperativas: 1) relativas a los derechos soberanos de los Estados y pueblos; 2) relativas al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales; 3) relativas a la libertad y voluntad contractual y a la inviolabilidad de los tratados (*pacta sunt servanda*, buena fe, etc.); 4) relativas a los derechos humanos, y 5) relativas al uso del espacio terrestre y ultraterrestre pertenecientes a la comunidad de Estados en su conjunto (altamar, patrimonio común de la humanidad, espacio ultraterrestre, entre otras).

Se entiende que estas enumeraciones son doctrinarias y con carácter puramente enunciativo. La segunda clasificación es problemática porque incluye dentro del *ius cogens* algunas normas asimilables a principios de menor generalidad como los enumerados en el derecho internacional de los tratados. Una preocupación surge al apreciar con cuidado esta última clasificación del *ius cogens*: si se ubican en el mismo nivel las normas imperativas de derechos humanos y las relativas al cumplimiento de los tratados como la del *pacta sunt servanda*, ¿cómo debe proceder el operador del derecho cuando ocurra una colisión entre ellas? Según nuestro criterio, si fuera eficaz esa clasificación, las normas imperativas de derechos humanos le marcarían límites estrictos al cumplimiento de los tratados y, en esas circunstancias, toda colisión con normas de tratados de otra especie, así estén regidos por la obligación *pacta sunt servanda*, se deben resolver a favor de la prevalencia de aquellas.

Un elemento característico de los principios enumerados en este apartado es que se distinguen por ser fundamentales, estructurales o constitucionales del DI, a diferencia de los enmarcados en el artículo

¹¹ Principios previstos en la Carta de la ONU como la proscripción del uso y amenaza de la fuerza, el derecho al mantenimiento de la paz en las relaciones internacionales, la represión de la piratería y las libertades en altamar). algunas Algunas se encuentran en *status nascendi*, en especial aquellas referidas a los derechos y garantías respecto al denominado patrimonio común de la humanidad y del medio ambiente sano.

¹² Cabrían aquí principios de la Carta de la ONU atinentes a la igualdad soberana de los estados, la autodeterminación de los pueblos, la no intervención en asuntos internos y otros semejantes

¹³ Básicamente las que prohíben la esclavitud, el genocidio, la trata de personas y otras conexas.

38 del estatuto de la CIJ que están vinculados con la siguiente categoría que pasamos a explicar (Valencia, 2007a, 118).

Principios provenientes de los derechos internos

Coinciden propiamente con los consagrados en el artículo 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia, o sea con los denominados “principios generales del derecho”, que fungen como fuentes auxiliares o supletorias de interpretación e integración tanto en el derecho interno como en el internacional. Se trata de normas muy generales que tienen vigencia en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de las naciones (enriquecimiento sin causa, cosa juzgada, buena fe, la no transmisión a otro de un derecho mejor ni más extenso del que tiene, ni el alegato de su propia torpeza para beneficiarse en derecho) y pueden aplicarse al DI¹⁴. Los principios generales en sentido estricto no constituyen fuentes formales del derecho al no traducirse en un procedimiento para la creación de normas, más bien son una reserva de conceptos jurídicos (una fuente material) que sirven como elementos exteriores al DI para integrarlo frente a sus lagunas, por lo cual no son el derecho mismo. La CIJ los ha aplicado en forma supletoria cuando no hay una norma convencional o consuetudinaria aplicable al caso.

Principios provenientes de los derechos internacionales especiales o particulares

Caben en esta subclase de principios las normas de carácter general incluidas en los derechos internacionales particulares como el derecho convencional, el derecho del mar, el derecho procesal, etc. Tampoco son principios fundamentales, salvo que los tratados de derechos particulares positivasen normas constitutivas del derecho internacional general. En este orden de ideas, estaríamos hablando de principios como el *pacta sunt servanda*, la libertad de los mares y la cosa juzgada, a manera de ejemplo.

Ocupan, por supuesto, un lugar importante en esta categoría los principios de derecho internacional público recogidos esencialmente por la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados celebrados

¹⁴ Como máximas del derecho, los principios generales para una parte de la doctrina, aunque resulte paradójico, podrían ser la fuente del *ius cogens*. Esta opinión se entiende porque tales principios generales traducen en buena medida la conciencia jurídica de la humanidad, por lo cual son base para su interpretación e integración frente a situaciones no previstas por el legislador en el plano nacional, pero también respecto de circunstancias no reguladas de manera explícita por el DI (Gómez, 2003, 89).

entre Estados (1969) y en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales (1986), como el *pacta sunt servanda*¹⁵, el de buena fe (*bona fide*)¹⁶, el del libre consentimiento (*ex consensu advenit vinculum*)¹⁷, el de que los tratados solo crean obligaciones entre las partes contratantes (*res inter alios acta*) y el referido *ius cogens* del artículo 53 de la CVDT.

Principios del DI provenientes de codificaciones del *soft law*

A las tres categorías reseñadas sobre los principios del DI habría que agregar una nueva tipología no incluida en las tradicionales clasificaciones usadas por los tratadistas del derecho internacional público. Se trata de la enunciación de una serie de principios recogidos

¹⁵ Es un principio central en el DI que apunta que los tratados celebrados entre sujetos de derecho público se cumplan de buena fe tanto en su espíritu como en su letra. Algunos consideran que es un principio de origen consuetudinario que pertenece al derecho internacional general. Está contemplado en el artículo 26 de la CVDT y también en la Carta de las Naciones Unidas (preámbulo y artículo 2, párrafo 2). Aunque se le considera un principio absoluto, la doctrina (Vásquez, 1981; Verdross, 1963) ha explicado que existen por lo menos tres excepciones: 1) la imposibilidad física permanente, verbigracia cuando el objeto al cual se refiere el tratado ha desaparecido o dejó de existir físicamente; 2) la imposibilidad moral que alude a que pudiéndose cumplir físicamente con la obligación que estipula el tratado, no es posible hacerlo desde el punto de vista moral al ponerse en riesgo la existencia misma del Estado, y 3) la cláusula *rebus sic stantibus* que indica que un tratado puede quedar sin efecto cuando sobrevengan cambios históricos o políticos de tal naturaleza que justifiquen su denuncia. Otro argumento que se ha agregado para relativizar el carácter absoluto del *pacta sunt servanda* es que hay un orden público internacional dado por valores y principios esenciales para la comunidad internacional, que no puede alterarse por el cumplimiento de los derechos y obligaciones impuestos por un tratado.

¹⁶ El artículo 26 de la CVDT establece que todo tratado que entre en vigor obliga a que sus partes lo cumplan de buena fe. Previene este principio contra el abuso del derecho, es decir, a que una o varias de las partes contratantes obren contra los derechos y obligaciones estipuladas en un tratado para su propio beneficio o el de terceros, o que sus actuaciones en el marco del tratado quebranten el ordenamiento jurídico establecido (Verdross, 1963, 115).

¹⁷ Las obligaciones que nacen en virtud de un tratado celebrado entre estados formalmente iguales, solo son válidas cuando las partes contratantes han consentido de manera libre observarlas. Varias disposiciones de la Convención de Viena de 1969 especifican los vicios del consentimiento que dejan sin validez a los tratados: el error (artículo 48), el fraude (artículo 49), la corrupción del representante de un Estado (artículo 50), la coerción sobre el representante de un Estado (artículo 51), la coerción sobre un Estado mediante el uso o amenaza de la fuerza (artículo 52). No obstante, son largos los debates entre los iusinternacionalistas sobre el valor práctico de estas disposiciones, en particular aquella relacionada con el uso de la amenaza o de la fuerza sobre un Estado, pues la realidad de las relaciones interestatales lo que demuestra son inocultables asimetrías en el poder de cada una de las partes contratantes. Por lo mismo, no puede interpretarse de manera absoluta esta prescripción, pues es obvio que muchos tratados se concluyen conservando la preeminencia de la parte más fuerte y ello no les quita su validez (Vásquez, 1981, 66), siempre que ese poder no se haya ejercido de manera irresistible.

en instrumentos *soft law* o identificados por la más reciente doctrina acerca de nuevos campos de regulación en el contexto de la globalización. A manera de ilustración nos referimos someramente a los principios de Unidroit y a los del derecho administrativo global.

Principios de Unidroit

El Instituto para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit) se creó en 1926 como organización intergubernamental y en 1940, al abrigo de la Liga de Naciones, mediante un tratado internacional se constituyó su estatuto orgánico. Funciona en Roma¹⁸ y su mandato fue promover la armonización y unificación del derecho privado a escala internacional, para facilitar los procesos de liberalización del comercio. Desde finales de la década de los sesenta, el instituto asumió la tarea de proponer un conjunto de reglas para los contratos comerciales internacionales, comunes y aplicables a varios sistemas jurídicos imperantes en el mundo. Tal labor culminó en 1994 con la publicación de los “Principios para los contratos comerciales internacionales” (PCCI), no contenidos en un tratado internacional con fuerza vinculante, lo que los hace voluntarios o dispositivos para las partes contratantes que acuerdan aceptarlos (Oviedo, 2003, 3).

Los PCCI enuncian reglas que son comunes a la mayoría de sistemas legales existentes y adoptan soluciones de acuerdo con las necesidades del tráfico internacional de mercancías. El texto normativo donde se encuentran cuenta con 120 artículos que se dividen en siete capítulos¹⁹, con disposiciones aplicables a todo el proceso contractual, desde su etapa de gestación hasta su conclusión mediante su cumplimiento o incumplimiento.

Estos principios pretenden reducir las posibles incertidumbres en torno a la ley aplicable al contrato, para lo cual se conciben como un corpus normativo independiente de la procedencia jurídica, económica o política de los contratantes. Pero como se dijo, su eficacia depende de la autonomía de la voluntad de las partes, cuando ellas decidan aplicarlos. Varios tribunales internacionales los han avalado por constituir “principios generales” de los contratos del comercio internacional reconocidos en diversos sistemas jurídicos del mundo,

¹⁸ Son miembros de Unidroit 58 estados de los cinco continentes, que representan una variedad de sistemas legales, políticos y económicos.

¹⁹ La estructura es la siguiente: Preámbulo, que contiene el propósito de los principios. Capítulo 1. Disposiciones generales. Capítulo 2. Formación del contrato. Capítulo 3. Validez. Capítulo 4. Interpretación. Capítulo 5. Contenido. Capítulo 6. Cumplimiento. Capítulo 7. Incumplimiento.

especialmente algunos laudos arbitrales de la Cámara de Comercio Internacional (ibíd., 5), en razón de que los árbitros pueden acudir a instrumentos del derecho internacional para justificar sus decisiones y más cuando están expresamente facultados por las partes para decidir *ex aequo et bono*.

Se destacan los siguientes principios:

- Libertad de contratación. Constituye el eje sobre el cual gira un orden económico internacional abierto, orientado hacia el libre comercio y la competitividad. Empero, se le señalan límites claros: a) las reglas imperativas, nacionales o internacionales, que resulten aplicables (artículo 1.4); b) el deber de actuar con buena fe y lealtad negocial (artículo 1.7); c) las restricciones que suponen los usos internacionales y las prácticas establecidas anteriormente por los contratantes (artículo 1.8); y d) en el comentario al artículo 1.1 de los principios se identifica que la libertad de contratación tiene como límite los sectores económicos en los que no existe competencia o están fuertemente salvaguardados por el Estado.
- El principio *pacta sunt servanda*, que se menciona con fuerza absoluta en varias reglas: en el artículo 2.20 (estipulaciones sorprendentes), artículo 3.10 (excesiva desproporción), en el artículo 4.6 (interpretación contra *proferentem*), en el capítulo 6, sección 2 (excesiva onerosidad) y en el artículo 7.1.7 (fuerza mayor).
- El principio de primacía de las reglas imperativas, que indica que las partes contratantes no podrán convenir en contrario a las normas imperativas (*ius cogens*) del derecho nacional que resulte aplicable. Se indican como ejemplos las normas que regulan el cambio de divisas, las licencias de exportación e importación y las normas relativas a prácticas restrictivas del comercio o la competencia.
- El principio de la naturaleza dispositiva de los principios, en el que son las partes las que acuerdan someter sus contratos a los principios Unidroit.
- Los principios de internacionalidad y uniformidad.
- El principio de buena fe y lealtad negocial.
- El principio de primacía de los usos y las prácticas (artículo 4.3 PCCI). Los usos y las prácticas entran a formar parte del contenido del contrato durante el proceso

de formación del mismo, obligan a los contratantes y sirven para la interpretación de los contratos, aunque la causa obligacional sea cualitativamente diferente, debido a que generan expectativas derivadas de comportamientos anteriores y, finalmente, porque la eficacia del uso descansa en el derecho mismo, es decir, se establece una presunción legal.

- El principio de racionalidad de los usos, que impide expresamente la aplicación del uso internacional cuando este no es razonable.
- El principio de llegada como determinante del momento clave en el cual cualquier comunicación es efectiva.

Principios provenientes de la teoría del derecho administrativo global

Si bien al comenzar este texto descartamos la idea sobre el advenimiento de un “derecho global” como unidad coherente y diferenciada en el campo del derecho internacional, y sostuvimos que gravitan sobre esa categoría riesgos que comprometen una auténtica protección de los derechos humanos, no podemos desconocer que existen líneas de investigación muy definidas que constatan el surgimiento de un derecho de ese tipo. Por nuestra parte, preferimos hablar de un derecho internacional contemporáneo que adecúa y extiende su objeto a la regulación de los fenómenos de la globalización económica.

Como el debate quedó apenas insinuado, pensamos que antes de describir algunos de los principios del derecho administrativo global, propósito de este apartado, conviene abrir un paréntesis y hacer, sin pretensiones de sistematicidad, una breve semblanza de la discusión actual en torno a la existencia o no de un derecho global.

Para comenzar el abordaje del debate teórico sobre la existencia del derecho global, diremos que un primer grupo de estudios se encuentran cercanos a la idea de irrupción de un derecho global. Aquí ubicamos autores como Teubner (2010), Sassen (2010, 2011), De Sousa Santos (1998), López Ayllón (2004), Rodríguez Garavito (2011) y Palacio Avendaño (2011). En una segunda posición ubicamos estudios que se inclinan a concebir adaptaciones del derecho internacional a los procesos de la globalización, que conllevan problemas de coordinación y eficacia entre regímenes jurídicos públicos y privados. Entre los autores de esta vertiente resaltamos a Martín Arribas (2005), Fortin (2008) y Zapatero (2007, 2008).

Revisemos algunas tesis a favor de la existencia de un derecho global. Gunther Teubner (2010) plantea que el derecho ha jugado un papel autónomo y decisivo para la creación de la globalización, lo que ha generado problemas relevantes como el del descentramiento de los procesos de creación de las normas jurídicas. La producción normativa desplegada por los regímenes globales privados al margen del Estado moderno cuestiona el paradigma del monismo jurídico, lo que obliga a repensar los conflictos jurídicos más allá de las formas tradicionales centradas en el Estado.

En un sentido próximo, Saskia Sassen (2010a) ha venido planteando que el poder global está produciendo una reconfiguración de la soberanía del Estado y de sus funciones tradicionales (desnacionalización), entre ellas la creación de las normas jurídicas, que ahora son un campo dominado también por regímenes globales privados. Esta producción privada de las normas constituye “derecho”, es decir, configura sistemas ordenados alrededor de una racionalidad formal (en sentido weberiano), capaz de regular la vida en sociedad, en el marco de la transformación de ciertos componentes del Estado. Por lo mismo, asistimos a una época de pluralismo jurídico sin precedentes. Aunque la soberanía y el territorio continúan siendo rasgos del sistema internacional, estos conceptos han sido reconstituidos y parcialmente desplazados hacia otros espacios por fuera del Estado y del marco del territorio nacionalizado.

Un fenómeno típico de los años noventa ha sido la desnacionalización de lo normativo: la institucionalización de los derechos de las empresas privadas, la desregulación de las transacciones internacionales y la creciente influencia de algunas organizaciones supranacionales generan una nueva geografía de poder en la que el campo jurídico también es resquebrajado. Algunos centros de poder creador del derecho se han privatizado sin que esto signifique que las normas promulgadas afecten únicamente a quienes deciden voluntariamente someterse a ellas. Las normas privadas se emplazan en la esfera pública y, por lo mismo, tienen consecuencias para todos los miembros de la comunidad política. Pero la privatización del derecho se instala también dentro de las funciones del mismo Estado, en la medida en que ciertas instituciones públicas se han transformado en simples instrumentos para la protección y desarrollo del capital y de los mercados globales, con lo cual muchas democracias liberales se enfrentan a serios problemas de legitimidad.

En su reciente libro *Territorio, autoridad y derechos. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales* (Sassen, 2010b), la académica holandesa analiza las transformaciones del Estado a

partir del periodo de la segunda posguerra, en el cual se desarrolla el sistema de Bretton Woods y aparecen diferentes instituciones internacionales, como la OIT, el FMI y el GATT (Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio), que si bien solo son expresiones de un macro y microinternacionalismo jurídico, anticipan el fenómeno de la globalización del derecho.

El punto de inflexión de la globalización económica y jurídica, sostiene Sassen, se dará con la quiebra del acuerdo de Bretton Woods en la década de los setenta, que libera los procesos de la financiación en el mundo, con sus nuevas lógicas organizadoras que comprometen a otras instituciones como el FMI en los procesos de ajuste del Estado. La transformación clave es que formas de autoridad pública empiezan a insertarse y a constituirse en la esfera privada de los mercados. Hechos palpables de esta fusión o desplazamiento de lo estatal a lo privado son las comisiones de regulación, las concesiones o la privatización de las cárceles (y otros servicios públicos). La expansión de la actividad privada que copa espacios públicos se legitima en su supuesta neutralidad política y superioridad técnica.

Al lado de esta tendencia, se preservan sin embargo muchas capacidades de una y otra esfera, lo que le permite a Sassen defender su tesis del carácter parcial de la globalización. La capacidad administrativa del Estado continúa siendo esencial aun para la reconfiguración entre lo público y lo privado.

En el ámbito propiamente jurídico la autora destaca el auge del arbitraje comercial que indica el resurgimiento de la *lex mercatoria* medieval, es decir, un regreso del derecho mercantil internacional, independiente de los derechos nacionales. La resolución de los conflictos comerciales internacionales ha sido deslocalizada y descentralizada, y ha quedado en manos de un grupo de instituciones y personas con mayor o menor grado de poder que a la vez compiten entre sí y se complementan.

Reconoce la autora, siguiendo a Schwarcz, dos variables en la dialéctica normativa público-privada. Existen normas que se originan en la esfera privada y las aplica el gobierno, y otras normas estatales aplicadas por actores privados sin sanción gubernamental. Estos desplazamientos son tanto de autoridad como de producción de normas, en un contexto en el que mientras el mercado cada vez se transnacionaliza más, la comunidad de Estados es cada vez menos activa en el derecho internacional.

La proliferación de regímenes privados indicaría que el mercado requiere en la actualidad mayor regulación y esta no la hacen

los Estados. La participación privada en la creación de normas e instituciones supranacionales e intergubernamentales que se estiman necesarias para la gobernanza de la economía global, se reviste falsamente de interés público, pues el sector privado nunca ha operado de manera consensual y neutral como lo postula el liberalismo.

Boaventura de Sousa Santos (1998) ya había advertido a finales de los años noventa que la transnacionalización del capital y la intensificación de las prácticas e interacciones internacionales habían cambiado las bases del derecho moderno. Describió claramente la ocurrencia de una “ecumenización” del campo jurídico internacional, manifestada en la irrupción de múltiples legalidades (e ilegalidades), que operan en espacios y tiempos locales, nacionales y transnacionales, y asignan nuevas funciones del derecho en la globalización que van desde las regulatorias o incluso represivas, hasta otras de carácter emancipatorio, dependiendo de la movilización política de las fuerzas sociales en competencia.

Para De Sousa Santos existen cuatro formas de globalización jurídica que se entrelazan: (i) el localismo globalizado, 2) el globalismo localizado 3) el cosmopolitismo y 4) la herencia común de la humanidad. Las dos primeras son organizadas directamente por los nuevos regímenes de acumulación capitalista, y las dos restantes de transnacionalización se hallan inmersas en las dinámicas políticas opositoras o contrahegemónicas a la globalización neoliberal.

Como propuesta, el sociólogo portugués indica que los cambios ontológicos del derecho en la globalización han planteado, a su vez, una reconstrucción conceptual cosmopolita de los derechos humanos, basada en una renovada teoría de la ciudadanía. Se trata de una reconstrucción intercultural de los derechos humanos por vía de una hermenéutica diatópica, centrada en una ciudadanía desterritorializada e igualitaria que se encarna en las luchas dadas por movimientos sociales transnacionales, que se expresan como contrahegemonía a la democracia liberal y al modelo neoliberal de desarrollo.

El profesor español Sergio López Ayllón (2004), a su vez, explica que la globalización acentuó una multiplicidad de coordenadas jurídicas (temporales y espaciales) “por fuera” del ámbito de validez piramidal de los Estados, lo que obliga a repensar el derecho a partir de un modelo complejo y horizontal de “red”. Coexisten diversos ámbitos de validez en la producción y aplicación del derecho, que generan una compleja interacción entre lo local y lo global, con diferentes niveles de inserción de los Estados y de las sociedades.

La generación de espacios normativos horizontales puede estar sugiriendo *prima facie* una unificación del derecho en todo el

mundo. Algunos investigadores (Shapiro, 1993; Dezalay y Garth, 2002) identifican tal tendencia con una americanización propiamente dicha del derecho.

La tendencia hacia una cierta uniformidad de las instituciones jurídicas convive con la constante multiplicación de órdenes normativos y culturas jurídicas. López Ayllón reconoce como espacios jurídicos globalizados que generan la “red jurídica” horizontal de la que habla, los siguientes: 1) los mercados (OMC y tratados de libre comercio); 2) la inversión (p. ej., el derecho del Ciadi y del arbitramento internacional privado); 3) los contratos (*lex mercatoria*); y 4) el sistema internacional de protección de los derechos humanos y del medio ambiente, ámbito en el que destaca la creación en 1998 de la Corte Penal Internacional.

Los cambios en el derecho global tienen grandes implicaciones para los poderes judiciales a nivel interno. Los tribunales nacionales constituyen una de las anclas de la globalización pues, por un lado, algunas de sus decisiones tienen un alcance que las “deslocaliza” y las relaciona dinámicamente con el ámbito global; y por otro, los poderes judiciales deciden en última instancia la forma y términos en los que las nuevas regulaciones de los sistemas

Por su parte, el investigador colombiano César Rodríguez (2011) sugiere que el análisis del campo jurídico latinoamericano conlleva una paradoja: los discursos y las prácticas de los actores jurídicos están globalizados pero el pensamiento legal continúa profundamente restringido a lo local.

El pensamiento jurídico es wetsfaliano mientras que las prácticas se centran en conflictos poswestfalianos, lo que ocasiona, según el autor, un problema de encuadre que se resolvería transitando hacia un marco jurídico poswestfaliano, para lo cual se requiere afrontar y superar el problema del nacionalismo metodológico del derecho (y del neoconstitucionalismo) que se ha centrado en las siguientes premisas: 1) el Estado nacional continúa siendo percibido como unidad de territorio, poder y orden jurídico (la Constitución); 2) la economía nacional es referenciada como objeto de regulación y de distribución (en particular de los derechos sociales); 3) la sociedad civil nacional tenida como base de la ciudadanía, y 4) la equivalencia entre Estado y nación, lo que, pese a algunos avances en las más recientes constituciones de la región, se manifiesta en un poco de atención a los derechos diferenciales de los grupos étnicos, al territorio y a la participación.

Las premisas anteriores contrastan con las dinámicas del derecho en la globalización:

- a) Existe un derecho poswestfaliano caracterizado por una profusión de órdenes jurídicos de diversa escala (pluralismo jurídico) que constituye un complejo entramado normativo (público y privado) que trasciende el ámbito del Estado nación, conformando un caleidoscopio jurídico más que un sistema legal. Tal caleidoscopio se conforma a la vez del clásico “derecho duro” de los Estados (leyes y tratados internacionales) y de “derecho blando” (p. ej. códigos de conducta empresariales y recomendaciones de órganos internacionales de derechos humanos). Por lo mismo, el objeto de análisis no es el sistema legal del Estado nacional sino el conjunto normativo global de múltiples escalas y niveles de obligatoriedad.
- b) La constitución económica de adjudicación y distribución de derechos se encuentra sobrepasada por el entramado de pactos comerciales que dominan al mundo (Nafta, OMC). Esto ha hecho que la disputa por los derechos sociales trascienda el ámbito nacional. Es inculcable la emergencia de una constitución poswestfaliana que ha transnacionalizado la adjudicación y distribución de los derechos sociales, y los medios para solucionar las controversias en torno a ellos.
- c) Los flujos migratorios han erodado la ecuación westfaliana de la ciudadanía y los derechos. Los reclamos transnacionales de los migrantes y otros actores formulan la pregunta sobre el “quién” de los derechos, o en otras palabras, sobre el sujeto relevante para las normas y prácticas jurídicas. Al mismo tiempo, la discusión de los derechos no se hace exclusivamente en el terreno de lo nacional, lo que deja corta la concepción de la sociedad civil como lugar para el ejercicio de la ciudadanía.
- d) Se multiplican foros transnacionales en los que se tratan y definen asuntos relativos a los derechos fundamentales de las personas y sociedades, lo que ha impulsado el cosmopolitismo y una visión de ciudadanía multicultural.

Estas constataciones ponen al descubierto las opacidades del nacionalismo metodológico señalado por Beck (2007). La percepción de las dinámicas del derecho poswestfaliano implica dos estrategias: una analítica, que conlleva la observación en los sistemas normativos en la globalización de dos niveles de escala y obligatoriedad, y otra metodológica que abre el panorama de investigación sociojurídica al espacio transnacional.

La combinación de ambas estrategias permite mapear diferentes tipologías de los fenómenos y producción jurídica transnacional, más allá de los métodos del derecho internacional o del derecho comparado cuyo punto de referencia son los Estados. La aproximación que se propone es el análisis de la globalización con métodos y técnicas que permitan rastrear los flujos transnacionales de ideas, instituciones y normas jurídicas. Esta perspectiva puede ayudar a superar el problema epistemológico de los estudios sociojurídicos latinoamericanos y evitar la inclusión subordinada de los mismos a los círculos globales de producción de ideas sobre el derecho.

Desde otra perspectiva, la académica Martha Palacio (2011) aborda los fenómenos del derecho y la globalización desde el debate actual sobre la justicia global. Reconoce tres focos de discusión, cada uno de los cuales instaura un sujeto y un objeto de la justicia global, entendida como la reflexión sobre un nuevo orden normativo fruto de las mutaciones estructurales en el orden internacional, debido al proceso de globalización económica: 1) el derecho de gentes, 2) el cosmopolitismo y 3) el enfoque estructural o crítico.

En el caso del derecho de gentes atribuido a Rawls, el objeto de la justicia es la instauración de un orden internacional pacífico orientado por la tolerancia liberal entre pueblos, cuyas condiciones para poder entrar son que el pueblo en cuestión sea pacífico, respete los derechos humanos y posea un régimen legal que resulte legítimo a sus miembros. El objeto-sujeto de la justicia consiste en fundar un ordenamiento normativo guiado por la tolerancia para regular las relaciones entre pueblos. En el caso del cosmopolitismo se trata de plantear una fundamentación normativa basada en el régimen de los derechos humanos como marco legal común que deben garantizar los Estados y las instituciones internacionales como la ONU y la CPI, enfoque que evoluciona desde el periodo helenístico, pasando por la idea de la república de naciones de Kant (*La paz perpetua*, 1795) hasta la idea de los derechos humanos universales de Tomas Pogge. En el caso del enfoque crítico, el objeto-sujeto de la justicia es la impugnación de los marcos regulativos o políticos de la globalización que niegan la voz de los subalternos (Santos) o de los sujetos/sujetados (Fraser), y señala la irrupción de nuevos actores sociales de la gobernanza global.

El enfoque de Rawls pretende extender la idea liberal de la justicia al derecho de gentes. Para ello, propone unos principios de justicia verificables en las sociedades ordenadas: 1) ser una sociedad pacífica, 2) cumplir con el principio de legalidad a la luz del pueblo, 3) no ser expansionista y 4) hacer honor a los derechos humanos. En conjunto, esos cuatro criterios normativos constituirían el principio

superior de la tolerancia (en el cual subyace la idea de un liberalismo triunfante), por lo cual ha sido objeto de severas críticas. Los liberales afirman que reconocen la alteridad de las sociedades que se estructuran según esa lógica, a las que denominan “bien ordenadas”, desconociendo la porosidad cultural, política y económica de las sociedades en el mundo. Las mencionadas condiciones de la justicia mínima rawlsiana no informan sobre la desigualdad de poder económico y político entre los países, que son las que deberían determinar las opciones de la justicia en el contexto internacional (Pogge). Igualmente, es vaga la caracterización de pueblos y Estados que hace Rawls, e insuficiente si se tiene en cuenta que en los procesos de la globalización se ha diversificado la presencia de los agentes más allá de los Estados (Benhabid). Rawls se imagina una suerte de asociación de Estados democrática liberal de carácter autosuficiente, cuyo desarrollo depende de sus miembros y en la cual cada sociedad es responsable de sí misma, siendo residual y no vinculante la responsabilidad de “asistencia” con otras sociedades.

A diferencia del liberalismo rawlsiano, Tomas Pogge, desde una postura cosmopolita, plantea que la justicia global debe estar fundamentada en los derechos humanos. Los derechos no solo imponen la responsabilidad de respeto sino de cumplimiento, por ejemplo, tomando las medidas necesarias (especialmente económicas) para su realización, que es un deber moral y político de los Estados y entre estos. Seyla Benhabid, por su parte, sustenta su cosmopolitismo en los derechos humanos que considera más que un marco moral, un sistema legal de derecho público internacional concertado que debería concretarse a través de una política democrática deliberativa. Benhabid considera que el universalismo de los derechos humanos no amenaza las particularidades de las sociedades como han advertido los comunitaristas, sino que mediante un proceso que llama de “iteraciones democráticas”, basadas en el diálogo y la negociación, pueden darse ampliaciones del sentido, contenido y demandas de los derechos. Con ello, en su entender, se evita el imperialismo del universalismo occidental. De Sousa Santos coincide en que los derechos humanos son también la base de la justicia global, siempre que conserven su carácter emancipatorio y el diálogo intercultural; los derechos humanos constituyen un localismo globalizado (el de las revoluciones burguesas de los Estados Unidos y Europa), reformulado por la acción colectiva de los movimientos sociales, que a través de una hermenéutica diatópica han mostrado su incompletitud, para ponerlos en horizontes de comprensión más integrales y contrahegemónicos.

Finalmente, el enfoque crítico de la justicia global presupone una postura contestataria a las injusticias de la globalización, a partir

de la existencia de un pluralismo jurídico que expresa los vacíos estructurales de regulación del capitalismo global, y organiza focos de emancipación social que buscan revertir las consecuencias negativas de la globalización. Espacios como el foro social mundial, los nuevos movimientos sociales altermundialistas, la lucha por el agua y el medio ambiente, entre otros, expresan un cosmopolitismo subalterno que exige nuevos marcos legales para superar las injusticias, o sea que aspiran a una nueva gobernanza desde abajo. Los actuales movimientos sociales se caracterizan por reivindicar a la vez demandas de redistribución, reconocimiento y representación, en lo que Nancy Fraser ha denominado la visión tripartita de la justicia.

Describiremos a continuación algunas tesis de la segunda posición enunciada. El jurista español Martín Arribas (2005) aclara que el derecho internacional (DI) surgió como un derecho desde y para los Estados. En el contexto de la segunda posguerra se consolidó como derecho interestatal, heterogéneo, democrático e institucionalizado. Durante la posguerra fría se instaura un nuevo orden mundial que acarrea cambios en el derecho internacional público, y lo induce a ciertas adaptaciones para afrontar los desafíos de la globalización.

La cuestión está en saber si esos cambios experimentados son una simple adaptación del DI o son de tal naturaleza que se contraponen al DI clásico, adquiriendo entidad propia (derecho global). Los cambios afectan a los sujetos de derecho, que antes eran los Estados exclusivamente, y ahora estos actúan como uno más en el polimorfismo de la subjetividad internacional. Afectan a la comunidad internacional que ha surgido también como subjetividad jurídica para atender nuevos paradigmas del derecho (orden público internacional, derechos humanos, medio ambiente, etc.). Afecta a los Estados que proliferan pero al mismo tiempo se debilitan, incluso en aspectos estructurantes como sus fronteras o la soberanía nacional al delegar sus funciones, en proporciones importantes, a organismos internacionales por efectos de la interdependencia.

Simultáneamente se han multiplicado organizaciones internacionales públicas y no gubernamentales, al lado de una sociedad civil internacional representada por ONG, víctimas, grupos y empresas multinacionales, entre otros. Toda esta insurgencia de nuevos actores ha estimulado la productividad de normas desde diferentes fuentes a las previstas en el DI clásico (artículo 38 del estatuto del Tribunal Internacional de Justicia), lo que ha causado una jerarquización diversa, imperfecta, contradictoria y no resuelta entre diferentes regímenes jurídicos, incluidos los del *soft law*. Por esto, afirma el profesor español,

debe apelarse a la superioridad de los derechos de *ius cogens* como principios constituyentes del derecho internacional. A lo que asistimos, concluye el autor, es a una evolución del DI, que ha ampliado sus funciones sin desatender las que venía desempeñando. Aunque estas transformaciones son rápidas no han logrado poner en jaque la unidad del DI, que adopta una forma más compleja, en la cual ha dejado de ser público estrictamente.

Carlos Fortin (2008), por su parte, explica el problema que analizamos, diciendo que con la globalización los países centrales han acometido la tarea de juridizar el comercio internacional, siendo la OMC la máxima expresión de esta apuesta. Durante el periodo de la guerra fría el comercio fue una medida para presionar o sancionar a regímenes violadores de los derechos humanos (DH), por lo cual la relación entre estos y el comercio no era jurídica sino política. Con la creación de la OMC irrumpen relaciones complicadas entre el sistema comercial y los sistemas de protección de los derechos humanos, especialmente de los sociales y del derecho al desarrollo. Indica que en este contexto ha hecho carrera la tesis que sostiene que la liberalización del comercio es en sí misma una forma de realización de los DH; en particular, cristaliza los de propiedad y libertad de contrato. Esta posición esgrimida por Petersman ha sido convenientemente refutada por Philip Alston desde la teoría de los derechos sociales. Alston plantea que en los conflictos comercio-DH debe considerarse que las normas de derechos humanos son perentorias (*ius cogens*) y crean obligaciones *erga omnes* (para todos y contra todos). De ser correcto este enfoque, se resolverían todos los conflictos entre las esferas del comercio y la de los DH, por lo cual se propugna fuertemente, en la teoría internacional, considerar como *ius cogens* todos los derechos incluidos en la Declaración Universal de 1948 y más allá, el derecho al desarrollo. El problema radica en que pocos derechos han alcanzado el estatus *ius cogens*: se acepta hasta ahora que *ius cogens* solo cubre aquellos que tocan con la protección de la vida de las personas, los que prohíben la esclavitud, el genocidio y la discriminación racial.

En este sentido, no hay soluciones claras aún en el derecho internacional para hacer frente a las tensiones entre esas dos esferas. Fortin afirma que los conflictos de normas deben resolverse a partir de la pregunta sobre cuál es el derecho aplicable en un caso dado, pero hay varias posiciones al respecto: parte de la doctrina sostiene que es la ley especial la que debe prevalecer frente al asunto, con excepción del *ius cogens*; otros sostienen que el estatuto de la OMC es parte del derecho público internacional y, en consecuencia, proceden las reglas de conflicto presentes en este marco. Y una tercera posición

se orienta a defender que la interpretación de los acuerdos de la OMC debe hacerse conforme a las normas usuales del derecho internacional, práctica que se constata en algunas decisiones del órgano de solución de diferencias que remiten a los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena (derecho de los tratados) para dirimir los choques de aplicación normativa. Finalmente, se refiere a que en el seno del acuerdo del GATT (y en otros que son parte integral del estatuto de la OMC) hay varias excepciones generales (artículo XX), que aunque no son directamente de DH sí tocan aspectos conexos (protección de la vida, la salud o los recursos naturales), y pueden ser invocadas en los litigios a favor de los DH.

Igualmente, el profesor de la Universidad Carlos III de Madrid, Pablo Zapatero (2007), constata que en contexto la globalización presenta una fuerte interdependencia entre normas de los tratados económicos y de los tratados de derechos humanos. Ambos campos estructurados con racionalidades diferentes, se influyen de forma positiva y negativa, afectando su grado de eficacia normativa. Por lo mismo se debe administrar de forma racional este fenómeno, buscando niveles de coordinación entre las diversas instituciones que producen y aplican normas. De acuerdo con una visión de derecho internacional como sistema armónico y coherente, hay mecanismos para resolver los conflictos normativos basados en criterios de jerarquía, especialidad y tiempo; particularmente, estos procedimientos están consagrados en la Convención de Viena.

Es inocultable que asistimos a un momento en que se presentan dos pirámides normativas en tensión: la tradicional del derecho internacional, muy formalizada, y la alternativa, no formalizada y conocida como *soft law*, ambas en competencia por dirimir problemas de derechos. Lo que sugeriría la interdependencia de normas y la necesidad de resolver esas tensiones es hacer valer el principio de primacía de los derechos humanos que deben guiar la formulación de las políticas de las instituciones comerciales mundiales, cuyas normas y procedimientos jurídicos se han mostrado más eficaces que los sistemas de protección de los derechos humanos, para asegurar los del libre comercio y sancionar las infracciones a los mismos.

El caso del órgano de solución de diferencias (OSD) de la OMC es paradigmático en el derecho internacional (Zapatero, 2008). Posee una universalización progresiva, una estructura hiperlegalizada y funciona sobre un conjunto de instrumentos multinacionales obligatorios. Su funcionamiento, estrictamente intergubernamental, se desvincula de la norma consuetudinaria del agotamiento de los recursos internos, y goza de gran poder sancionatorio: puede ordenar la suspensión de

concesiones hechas al Estado infractor, las decisiones se toman en tiempos cortos y los índices de acatamiento de las mismas es alto; estos rasgos del OSD marcan notables diferencias, por ejemplo, con el Tribunal Internacional de Justicia de la ONU, que no tiene jurisdicción directa, no cuenta con recursos coercitivos a su alcance y además sus decisiones abarcan plazos relativamente largos.

Este poder cuasijudicial del OSD ha hecho que las empresas desarrollen una actividad permanente ante sus Estados de origen o ante los Estados receptores de sus inversiones para que tramiten demandas contra otros miembros de la OMC, cuando perciben que se ha violado, anulado o reducido –directa o indirectamente– alguna ventaja comercial adquirida. El mecanismo ha creado un complejo nivel de juego, jerarquías y desventajas comparativas entre operadores privados que hacen representación/mediación estatal ante el OSD. Triunfan por lo regular los grupos de interés más influyentes, lo que siembra dudas sobre la igualdad en el acceso a la justicia que pregona el sistema, problema que se profundiza con los altos costos que alcanzan los servicios de representación jurídica para los Estados de la periferia. El entorno jurisdiccional alcanzado por el OSD es activo al permitir tanto reclamaciones en “interés del sistema”, como un complejo de demandas entrecruzadas entre los 150 Estados de la OMC. Aunque el OSD es exclusivamente interestatal, esto no obsta para que los agentes privados influyan decisivamente en las demandas que se tramitan; los mismos Estados de origen actúan, en la práctica, como apoderados de las multinacionales.

Las empresas así no solo son usuarias indirectas del OSD sino operarias del mismo sistema, al prestar servicios legales especializados a los Estados. Las redes de cabildeo y litigio de las multinacionales consiguen que los poderes públicos demandados tutelen sus intereses. En contraste, no existe mucha capacidad de los gobiernos sancionados para defender el interés público en casos concretos, cuestión que se complica con la transnacionalización de los capitales que impide distinguir entre lo nacional y lo global.

A diferencia del acceso al OSD que ha logrado la “ciudadanía corporativa” al persuadir a los Estados en la defensa de sus intereses, la sociedad civil no tiene forma de influir en los procedimientos de este órgano, con lo cual se deslegitiman muchas de sus decisiones. Es tarea pendiente para el OSD evaluar la legalidad que tienen ciertos grupos de interés, representados por sus Estados, para bloquear determinadas políticas públicas en los países demandados, así como la conveniencia de la participación en los procesos de las poblaciones afectadas y de los mismos países periféricos. En los primeros diez años de funcionamiento

de la OMC, los Estados Unidos y la Unión Europea han sido terceras partes en un 94 % de los casos, y partes en el 64 %, situación que ha encarecido los costos de acceso a la OMC. Los principales afectados han sido los países pobres, cuestión que se resolvería al incluir mecanismos de asistencia legal para estos.

Una vez dilucidado las principales tendencias teóricas presentes en el debate sobre la existencia del derecho global, retomemos la exposición sobre los principios procesales del derecho administrativo global (Kingsbury y otros, 2005) que habíamos dejado en suspenso. Los investigadores de la Universidad de New York que elaboran la tesis del surgimiento de un derecho global administrativo, y que por supuesto ubicamos en la primera tendencia teórica del estado del arte presentado, han estudiado diferentes niveles y campos de dispersión, incoherencia y discontinuidad en la regulación administrativa jurídica, tanto en el terreno de lo nacional (por los Estados) como en el de lo internacional (por las organizaciones internacionales como la ONU, la OEA, etc.), en materia de seguridad, condiciones del desarrollo y asistencia financiera a los países en desarrollo, protección ambiental, regulación bancaria y financiera, comercio de productos y servicios, propiedad intelectual, estándares laborales, etc. Dicha fragmentación se ve claramente presente en el surgimiento de varios campos y foros de regulación en los que participan diferentes sujetos del derecho internacional, que usan y combinan en diferente grado elementos del derecho público y del derecho privado. Se destacan redes y comités intergubernamentales, otros privados y a veces mixtos que adoptan marcos normativos en materia económica de gran eficacia. Llamamos la atención algunos como la OCDE, los grupos del G-7/G-8 y la regulación financiera desarrollada por el Comité de Basilea o por el grupo de acción financiera internacional, entre otros.

Los teóricos de esta postura han precisado que aunque la aceptación de unos principios generales (del administrativo derecho global) en la práctica del derecho internacional formal es baja, y no es probable que se extienda rápidamente a los diversos y fragmentados contextos de la administración global (ibíd., 13), pueden identificarse, pese a la variedad de mecanismos institucionales existentes, algunos principios y requisitos legales de carácter sustancial y procesal que se vienen generalizando. Entre los procesales se destacan:

- El principio de la participación procesal y de la transparencia: hace referencia al derecho que tienen los Estados, individuos y ONG afectados o interesados con las actuaciones de instituciones u organismos internacionales.

les, a que sus opiniones sean consideradas y a recibir la información suficiente antes de que se tome una decisión (ibíd., 20). La transparencia en las decisiones y el acceso a la información son bases importantes para el ejercicio eficaz de los derechos de participación y de los de revisión (ibíd., 21). Cada vez más organismos como el Banco Mundial, la OMC, el FMI y redes como el Comité de Basilea y la Comisión del Codex Alimentario, etc., facilitan medios para el acceso público a documentos internos (ibíd., 23).

- Principio sobre las decisiones razonadas: es un requisito legal que consiste en “proveer razones para las decisiones administrativas, incluyendo respuestas a los principales argumentos de las partes o de los comentaristas” (ibíd., 22).
- Principio de revisión: se ha extendido desde el derecho administrativo doméstico al internacional la idea de que toda decisión de un organismo que pueda afectar los derechos de alguien, sea revisada por una corte o tribunal independiente (ibíd., 22). La importancia de este principio se ve reflejado por ejemplo en el establecimiento del panel de inspección del Banco Mundial y también en el derecho de apelación a la Corte de Arbitraje para el Deporte por decisiones por *doping*. Algunos instrumentos como la Convención Europea de Derechos Humanos incluso ordenan que los Estados partes se aseguren de que los estándares procesales de las organizaciones internacionales sean equivalentes a los estándares domésticos.
- Principios de proporcionalidad, racionalidad entre medios y fines, evasión de los medios restrictivos innecesarios y de las expectativas legítimas.
- Principio de excepciones: por un lado, las cortes nacionales vienen excluyendo las actividades puramente comerciales del ámbito de la inmunidad de los Estados extranjeros, y por otro, en referencia al concepto de proporcionalidad las inmunidades tradicionales pueden llegar a dejar de ser absolutas, aunque se preservan los temas de seguridad nacional y decisiones de los bancos centrales (ibíd., 24).

APROXIMACIÓN A LOS PRINCIPIOS PROCESALES DEL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO

Si existe un escaso desarrollo de los principios generales del derecho global, mayor es el vacío en relación con los principios procesales.

Con base en las tipologías expuestas arriba, diremos primero que los principios procesales son normas de carácter general incluidas en los derechos internacionales particulares, cuyo nivel de generalidad es manifiestamente menor a los principios constitutivos del DI general (o *ius cogens*), aunque se debe advertir que son derivadas y reducibles a estos, como explicaremos adelante.

Segundo, debemos afirmar que la discusión planteada sobre la distinción entre reglas y principios es altamente relevante para el reconocimiento de los principios procesales del derecho global (o del DI contemporáneo en la perspectiva teórica que hemos elegido). La posición que se adopte sobre una separación débil o fuerte de los principios con las reglas jurídicas es decisiva para precisar los elementos que permitan llegar a una caracterización de estos. Para efectos de tal identificación, asumimos la distinción fuerte entre las reglas de procedimiento (que regulan de manera específica las etapas y actuaciones procesales de las partes en cada régimen jurídico donde se tramiten conflictos), y los principios propiamente dichos, que contienen los valores e intereses fundamentales y constitutivos de la comunidad internacional. Nuestro esfuerzo se focaliza en reconocer los principios procesales del derecho internacional en sentido estricto.

Más allá del reconocimiento de principios explícitos (plasmados en una o varias normas), el análisis de los principios procesales de un derecho global debe aceptar también existencia de “principios implícitos”, entendidos como

normas que surgen por vía del razonamiento jurídico, (ya que) es posible obtener una norma a partir de otras normas, o sea, una regla nueva que es considerada premisa o consecuencia de otras normas vigentes. El procedimiento que da vida a los principios implícitos es el propio de la analogía que implica generalización a partir de una o varias normas del ordenamiento jurídico, es decir, presupone la creación de un principio general a partir de reglas particulares explícitas del sistema (Jiménez Gil, 2004, 11-12).

Tener esta flexibilidad para reconocer los principios procesales del derecho global facilita en gran medida la posibilidad de sistematización en medio de dos circunstancias difíciles de soslayar: 1) que no

existe un cuerpo doctrinario aceptado de principios procesales generales en el derecho internacional, y las reglas de procedimiento están referidas a tratados y convenciones específicas, y 2) que en el campo del derecho global existe tal nivel de fragmentación en las regulaciones (en un alto porcentaje de carácter institucional o privado), que no es fácil encontrar normas de las cuales se pueda predicar propiamente que son principios, en su sentido unívoco: normas de naturaleza general, contentivas de valores e intereses fundamentales y constituyentes de la comunidad internacional.

Proceso y procedimiento en el DI

Para encontrar los principios procesales, en sentido estricto, como hemos indicado, haremos una breve revisión del concepto de derecho procesal internacional²⁰, con el fin de hacer un nuevo deslinde entre reglas de procedimiento y principios procesales.

El concepto de procedimiento hace referencia a la “estructura exterior del proceso” (Fairén, 1992, 36). Está compuesto por “los distintos métodos que la ley establece para regular los actos diversos y sucesivos (que componen el proceso) que han de ser realizados tanto por los funcionarios que conocen de él, como de los particulares que lo ventilan” (Devis, 1987, 157). Mientras la noción del proceso alude a la unidad y totalidad de los pasos mediante los cuales se llega a una solución definitiva de una controversia jurídica, el procedimiento se refiere a los actos, a los pasos en sí o a los trámites que cumplen las partes y los administradores de justicia para llegar a la solución del conflicto. De esta manera, los principios procesales informan al proceso, mientras que las reglas regulan propiamente el procedimiento.

Teniendo como trasfondo los conceptos anteriores, el derecho procesal internacional es el conjunto de normas jurídicas que regulan los conflictos entre jurisdicciones, el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, la posición de los extranjeros en el proceso y la cooperación internacional en materia procesal, fundamentalmente.

Los mayores aportes a la caracterización del derecho procesal internacional han sido hechos por la organización internacional Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, recogidos en varios convenios internacionales vigentes.

²⁰ Con base en Álvarez de Eulate, M. Bernard. 1991. Derecho procesal internacional. *Enciclopedia GER*. En http://www.canalsocial.net/ger/ficha_GER.asp?id=4856&cat=derecho.

Reglas de procedimiento en el DI

El tema procesal internacional se planteará cuando en el litigio exista algún elemento de extranjería. En este caso el juez tendrá que apreciar si posee competencia internacional, caso en el cual conocerá de fondo el asunto que se le presente, aplicando la ley material del foro o una ley extranjera, según proceda en virtud de las reglas de conflicto. Es la *lex fori* (o ley del país al que el tribunal sirve) la que determina el procedimiento a seguir.

La competencia internacional de los tribunales de un determinado Estado se rige inicialmente por su propio derecho interno. Existen, sin embargo, ciertas normas de derecho internacional que orientan esta materia: 1) la de inmunidad de jurisdicción para los Estados extranjeros, sus actos soberanos y los agentes diplomáticos, que tiene carácter renunciabile; 2) la que limita para cada Estado la posibilidad de realizar, permitir, modificar o anular actos de poder en su propio territorio, y 3) las normas de procedimiento incorporadas en los tratados internacionales.

Excepcionalmente se ha reconocido que hay una “competencia de necesidad” de actuación de la administración de justicia de un Estado dado, para evitar una denegación de justicia motivada por la negativa o imposibilidad de los tribunales considerados competentes por la ley de un país, para conocer del asunto. Ante estas circunstancias, surge una competencia internacional de otro Estado, que posea cierta conexión con la relación jurídica de interés.

Las reglas de competencia judicial internacional se rigen en su aspecto formal por los criterios de exclusividad (en principio, cada Estado determina el ámbito de competencia de sus tribunales en los supuestos fácticos en los que, por existir algún elemento de extranjería pudieran ser también competentes los tribunales de otro Estado) y, consecuentemente, de unilateralidad (en general, las reglas de competencia judicial internacional se limitan, naturalmente, a señalar los supuestos en que entra en juego la jurisdicción de los tribunales del propio Estado). En cuanto al contenido, rigen los criterios de efectividad (el legislador no debe conferir competencia a los propios tribunales en los casos en que la ejecución de la sentencia que dicten resulte imposible) y de autonomía de la voluntad de las partes para someterse a un tribunal, la cual debe ser cuidadosamente limitada, en prevención del abuso del derecho y del fraude de ley.

Otro elemento que cuenta en relación con la competencia internacional de los tribunales nacionales es el de la eficacia extraterritorial de las sentencias. La soberanía del Estado se opone, en

principio, a que las decisiones de un tribunal extranjero tengan fuerza ejecutoria de pleno derecho en un Estado dado. Pero tendría poco valor el derecho internacional si las sentencias agotaran siempre su fuerza resolutoria dentro de las fronteras del Estado en que se dictaron. Las resoluciones judiciales firmes producen varios efectos definitivos, que el Estado en cuyo nombre se han dictado solo puede garantizar dentro de los límites de su territorio.

No obstante, la comunidad internacional exige que dichos efectos alcancen también eficacia extraterritorial, pues de lo contrario quedaría incumplida la voluntad de la ley favorable a la parte triunfante en el pleito. De ahí la necesidad del reconocimiento de la sentencia extranjera, en cuanto a su fuerza probatoria y a sus efectos de cosa juzgada material en otro Estado, y de la ejecutoriedad de la misma, principal aspecto de todos los que envuelve la eficacia extraterritorial de las sentencias.

Por medio del *exequatur* se da fuerza ejecutoria a la sentencia extranjera en el país en que se concede. Este control está universalmente admitido para asegurar una adecuada protección de los intereses nacionales, si bien en forma y con rigor sensiblemente variables.

Son condiciones generalmente exigidas para controlar la ejecutoriedad de una sentencia extranjera: 1) competencia del juez extranjero: implica sobre todo el ejercicio de la competencia general indirecta; se examina la competencia internacional del tribunal extranjero a la luz de la ley del juez del *exequatur*; además, la competencia interna o especial del juez extranjero, que debe controlarse de acuerdo con su propia ley; 2) Se examina la regularidad del procedimiento seguido. El examen se hace de acuerdo con la ley del juez extranjero, pero existen, por ejemplo, en la prueba, ciertas exigencias del orden público del país del *exequatur* y de la buena administración de la justicia; 3) Se estudia la competencia de la ley aplicada al fondo; en principio, se controla de acuerdo con la norma conflictual del país del *exequatur*, atenuándose este rigor con el criterio de equivalencia; se concede el *exequatur* si la ley aplicada condujo al resultado que hubiese dado la "ley competente". Además, hay un control, sobre el fondo, que previene la contrariedad de la sentencia extranjera con el orden público propio, que juega aquí solo con su efecto atenuado, puesto que se trata de dar efecto en el país a derechos adquiridos en el extranjero, y de la ausencia de fraude a la ley.

Por último, se encuentra establecida la cooperación judicial internacional basada en el criterio del trato recíproco entre las administraciones de justicia de países diferentes. Los llamados actos procesales de instrucción en comisión suelen efectuarse si no chocan con el orden público.

Todas estas reglas de procedimiento internacionales fueron creadas en desarrollo de la llamada doctrina Calvo, principio del derecho internacional público que ha sido puesto en cuestión por obra del auge del arbitraje internacional adoptado como mecanismo alternativo para la solución de controversias, en todos los tratados de libre comercio y de protección a las inversiones. Los principios distintivos de esta doctrina surgida a mediados del siglo XIX²¹ eran de soberanía nacional, de igualdad entre ciudadanos nacionales y extranjeros, y de la competencia territorial de los tribunales nacionales. Con base en esos preceptos, en caso de presentarse un pleito con un ciudadano extranjero, este estaba compelido a agotar los recursos legales ante los tribunales locales, sin pedir la protección o intervención diplomática de su país de origen (Teitelbaum, 2005, 49).

Delimitación de los principios procesales en el DI

El derecho procesal como institución jurídica instrumental supone la preexistencia de un derecho sustantivo conformado por derechos y obligaciones, facultades y deberes para y entre los sujetos de derecho. El proceso es un medio para el reconocimiento de los derechos y las obligaciones contenidas en el derecho sustantivo²². Ni el derecho sustantivo ni el adjetivo (procesal) están compuestos solo por normas escritas o explícitas, por lo cual se permite en la actuación procesal el llamamiento a la costumbre y a los principios del derecho como fuentes para interpretar, integrar y aplicar el derecho.

Vale distinguir aquí entre la acepción general de los principios y los principios en términos procesales. Los primeros, como hemos dicho, son normas generales que informan e integran al ordenamiento jurídico, especialmente para resolver situaciones no previstas o no reguladas por el legislador. Caben en esta acepción tan amplia tanto normas sustantivas (como las pertenecientes al *ius cogens*) como algunas con tintes procesales (por ejemplo, el principio de la buena fe)²³. Para evitar confusiones los principios generales del derecho se reconocen como el conjunto de enunciados de cierre del sistema de

²¹ La doctrina Calvo fue reconocida en el artículo 15 de la Carta de la OEA y prácticamente incorporada en todas las constituciones de los países latinoamericanos.

²² El derecho procesal “es un derecho público, formal, instrumental y de medio, autónomo, de principal importancia y de imperativo cumplimiento” (Devis, 1987, 5) que supone, como condición *sine qua non* la realización o satisfacción de un derecho sustantivo.

²³ A veces es difícil fijar las fronteras del derecho procesal pues él también puede desarrollar normas de carácter sustantivo, así como en el derecho sustantivo muchas normas y principios son de carácter procesal.

fuentes del derecho, representados por normas explícitas e implícitas que permiten justificar la decisión en caso de que no se encuentre una norma aplicable al caso concreto.

Por su parte, con mayor certeza, los principios procesales serían las normas de carácter general aplicables a la relación jurídica conocida como proceso. Pese a que dichos principios son coherentes con la totalidad del sistema jurídico, están circunscritos al proceso y solo pueden usarse en virtud de un vacío, una laguna o un conflicto normativo presentado en el desarrollo del proceso y respecto de normas procesales, aunque hay principios procesales que son base para la organización del proceso, por ejemplo el de independencia de los decisores, el de la contradicción entre las partes o el del debido proceso.

La clasificación de principios procesales igualmente ha estado atravesada por un intenso debate doctrinario. Un sector de la doctrina es partidario de distinguir entre principios fundamentales del derecho procesal y principios del procedimiento, mientras que otro sector opina que en virtud de la unidad jurídica del derecho procesal basta con reconocer como único principio fundamental y constitucional, el del debido proceso²⁴.

Vale la pena la aclaración de que es prácticamente inexistente una doctrina procesal internacional. El derecho procesal ha sido obra de los derechos nacionales, y por la misma razón, la identificación de los principios procesales del derecho global necesariamente se encuentra anclada a esta realidad, para luego extrapolarlos al campo del DI.

Dos rutas para la identificación de los principios procesales

En los derechos procesales nacionales se han seguido dos rutas conceptuales para la identificación de los principios. La primera estima que los principios procesales se pueden dividir en dos categorías: 1) los que sientan las bases generales del derecho procesal (constitucionales) y 2) los que miran hacia la organización del proceso (Devis, 1987, 37 y ss.; Fairén, 1992, 33 y ss.). (Ver Tabla No. 1).

²⁴ Otra clasificación distingue entre principios políticos y principios técnicos del proceso. Los políticos hacen referencia al conjunto de principios y orientaciones fundamentales que definen el carácter de un determinado enjuiciamiento. Dentro de estos podemos encontrar: el principio de derecho procesal legal o jurisprudencial; los principios de unidad o de separación de los procesos; los principios de legalidad y oportunidad del proceso; los principios que afectan directamente al proceso como los de contradicción, igualdad de las partes, probidad, lealtad y buena fe, libre apreciación de la prueba, economía procesal y de utilidad social del proceso. En los principios técnicos del proceso se incluyen el de impulso procesal, oralidad o escritura, intermediación, concentración, publicidad, etc. (Fairén, 1992, 271 a 278).

Tabla No. 1
División de los Principios Procesales

Principios constitucionales del proceso	Principios del procedimiento
De interés público o general del proceso por que persigue y garantiza la armonía, la paz y la justicia sociales.	Dispositivo e inquisitivo (Devis, 1987, 41-45).
De carácter exclusivo y obligatorio de la función jurisdiccional: excluye la justicia por cuenta privada e impone la obligatoriedad de las decisiones judiciales.	De valoración de la prueba por el juez (la sana crítica y la tarifa legal).
De la independencia de la autoridad judicial.	De la economía procesal.
De la imparcialidad de los funcionarios judiciales.	De concentración del proceso.
De igualdad de las partes ante la ley procesal y en el proceso.	De la eventualidad o de la preclusión.
De ser oído y del derecho a la defensa.	De intermediación.
De publicidad del proceso.	De la oralidad o de la escritura.
De obligatoriedad de los procedimientos establecidos en la ley.	Del interés para intervenir en el proceso (legitimación por activa o por pasiva).
Acerca de que las sentencias no crean sino declaran derechos.	De buena fe y lealtad procesal.
De la verdad procesal (la que surge de los hechos probados en el proceso).	De la impugnación.
De la cosa juzgada.	De la doble instancia.
De la contradicción o de la audiencia bilateral.	De la motivación de las sentencias.
	De la congruencia.

Fuente: Elaboración propia a partir de Devis (1987, 37 y ss) y Fairén (1992, 33 y ss).

La segunda ruta conceptual afirma que el debido proceso es el único principio procesal; por lo tanto, introducir tipologías en los principios procesales es inocuo, en virtud de la unidad jurídica del derecho procesal que ha conducido a un desarrollo coherente del principio del debido proceso. Para Rico Puerta, el único principio constitucional procesal es el debido proceso y los demás resultan siendo matices en la particularidad de cada clase de proceso (civil, penal, laboral, etc.) (Rico Puerta, 2006, 139).

En esencia existe un solo principio procesal relacionado con el debido proceso, del que se desprenden los demás principios procesales. El debido proceso obliga a todos los sujetos procesales a respetar las normas que rigen el proceso tanto en el nivel de su creación como de su aplicación (ibíd., 125). Este principio se concibe como un imperativo de justicia que depende de varios supuestos: 1) que las partes del proceso han discutido el conflicto en un marco de garantías intangibles para todos los intervinientes en él, y 2) que si alguien se arroga la autoridad de juzgar, lo hará respetando a las partes las prerrogativas que el derecho sustantivo les otorgó. Es necesario reconocer las normas sustantivas y los principios generales del ordenamiento jurídico para detectar los ideales de justicia que se pretende defender como imperativos en la relación procesal.

Se acerca esta posición a la sostenida por el profesor Valencia Restrepo, para quien todos los principios en el DI son reducibles a un principio hiperimperativo: que el derecho internacional debe ser justo y su aplicación equitativa (Valencia, 2007a, 101).

Principios procesales en el derecho global

Estudiados los principios procesales según las dos posiciones de la doctrina, es hora de revisar qué principios están gobernando los espacios procesales del derecho internacional contemporáneo. Para este cometido se requiere examinar la cuestión del arbitraje internacional y los principios con base en los cuales se apoyan las decisiones.

Arbitramento internacional y la nueva axiología en el DI

El arbitraje internacional se ha impuesto como práctica general para la solución de las controversias entre Estados o entre estos y terceros, bajo el imperio de las reglas del derecho internacional del comercio y de las inversiones, aunque como mecanismo alternativo de solución de disputas existe para otros asuntos interestatales o entre Estados y otros sujetos de derecho internacional. Con esto ha operado, por un lado, una renuncia incondicional a un atributo esencial de la soberanía estatal, como lo es la competencia territorial de los tribunales nacionales; y por el otro, se han dispuesto las condiciones para crear costumbre internacional alrededor del arbitraje y de una nueva axiología en el DI representada por los principios que iluminan el derecho internacional comercial y de las inversiones como son el trato nacional, la nación más favorecida y otros²⁵.

²⁵ Nota 4.

Aclaremos que estos principios relativos al derecho internacional del comercio y de las inversiones no satisfacen los estándares de ser contentivos de valores e intereses fundamentales de la comunidad internacional, y por lo mismo, estructurantes y constituyentes de la misma. Se deben ubicar en su justo lugar: pertenecen a dos regímenes jurídicos especiales que aunque autónomos en su campo, no tienen capacidad para sustituir los principios del derecho internacional general que, en todo caso, se deben aplicar de manera supletoria para llenar vacíos en el DI en cuanto al derecho aplicable en un caso determinado. Esta es precisamente la perspectiva desarrollada por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de la ONU en su informe final sobre fragmentación sustantiva del derecho internacional (A/CN.4/L.682), citado antes.

La nueva axiología en el DI contemporáneo se manifiesta en la fuerza que han alcanzado los principios de trato nacional, nación más favorecida, trato favorable, indemnización por expropiación u “otras medidas de efecto equivalente” y el de compensación por pérdidas futuras o esperadas.

Aunque el trato nacional, la nación más favorecida, y el trato favorable son principios más sustanciales que procesales, a la larga actúan en el ámbito de los conflictos originados en la aplicación de tratados de libre comercio o de protección de las inversiones, como parámetros jurídicos que indican la regla de procedimiento que debe aplicarse, en cada caso, para hacerlos prevalecer. En otras palabras, el debido proceso en el marco de tales tratados es el que mantiene a flote siempre los intereses del libre comercio o de la seguridad jurídica de los inversionistas. Buena parte de las 36 demandas interpuestas ante el Ciadi por inversionistas contra la república de Argentina, tras el colapso económico y social de 2001-2002, se basan precisamente en consideraciones de trato nacional (Rodríguez, 2009).

Estos principios se han convertido en los vasos comunicantes que articulan las piezas de la arquitectura jurídica del neoliberalismo, apoyada en la red mundial de tratados de libre comercio y de protección y promoción de las inversiones (Teitelbaum, 2005, 21 y ss.). Tales principios erosionan criterios fundamentales presentes en los tratados de derechos humanos, en especial aquellos que, basados en la soberanía nacional, permitían a los Estados decidir sus políticas generales de desarrollo económico y de bienestar social, que hoy son percibidas como amenazas a los derechos adquiridos de los inversionistas y a sus expectativas de ganancia, cuando no vistas como obstáculos al comercio o a las inversiones al generar situaciones que se consideran discriminatorias, expropiatorias o de competencia desleal contra los demás Estados y agentes de la economía mundial.

Observemos en qué consisten los principios de trato nacional y nación más favorecida que ordenan a la economía capitalista globalizada. De acuerdo con el primero, si un Estado otorga a sus productos o servicios nacionales un determinado beneficio, el mismo debe hacérselo extensible a productos o servicios extranjeros. En virtud del segundo, si un país parte de un tratado de libre comercio, otorga a otro una ventaja arancelaria o de otra índole respecto de un producto, debe inmediata e incondicionalmente extenderla al producto similar de otros países²⁶.

El efecto inmediato y preocupante de estas disposiciones, especialmente la del trato nacional, es que el traetamiento idéntico que impone a los Estados respecto de los productos y servicios nacionales y extranjeros, implica una reducción de las facultades jurídicas y constitucionales en materia de políticas económicas y sociales, que tengan por objeto fortalecer a determinados sectores productivos nacionales, generar empleo, mejorar las condiciones de la clase trabajadora o la seguridad alimentaria del país, etc. Toda medida de ese tipo se considera discriminatoria y podría dar pie a controversias arbitrales con fines indemnizatorios.

Pues bien, esa nueva axiología del DI es la que está presente, directa o indirectamente, como base de las decisiones que se toman en los espacios internacionales de solución de controversias comerciales entre los Estados (OMC) o en el arbitraje entre Estados e inversionistas (caso Ciadi). No son usuales en este sentido la utilización de los principios del DI general para fundamentar en lo sustantivo las decisiones, sino que por el contrario, ambos espacios de arbitraje hacen prevalecer los derechos del libre comercio y de las inversiones, imputables a individuos y de estirpe privada (Charnovitz; Aldana, 2001, 4 y ss.)²⁷. Lo mismo puede verse en el plano procesal, donde lo que cuenta son las reglas

²⁶ En el marco de los acuerdos de la OMC a estos dos principios se les señaló un alcance más reducido, pues se aceptó como lícito que los países que se hallan integrado en zonas de libre comercio, uniones aduaneras, mercados comunes, se otorguen beneficios únicamente entre ellos, sin hacerlos extensibles a terceros.

²⁷ Si bien al órgano de solución de diferencias de la OMC solo pueden someterse diferencias entre Estados, como lo dispone el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos que rige la solución de diferencias, todas estas reflejan rivalidad entre agentes económicos privados. Debido a las restricciones técnico formales que tienen los agentes privados para su acceso, se ha generado toda una tendencia internacional de diplomacia privada y de *lobby* ante los estados de origen de tales agentes (empresas multinacionales, compañías de abogacía, etc), para que ellos promuevan demandas contra otros estados donde desarrollan sus operaciones o tienen afincadas sus inversiones (Zapatero: 2008, 9).

Además de este *lobby* empresarial, los agentes o sujetos privados han ido ganando avances en la protección de sus derechos individuales ante los paneles de la OMC, cosa que no indica que el

de procedimiento específicas que determinan el funcionamiento de cada mecanismo de solución de controversias, antes que la apelación a principios generales del derecho procesal internacional (Arredondo, 2004, 20 y ss.)²⁸.

APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS PROCESALES EN TRES INSTANCIAS DEL DI CONTEMPORÁNEO: EL SISTEMA INTER-AMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (SIDH), EL ÓRGANO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC Y EL CIADI

Una manera de establecer la vigencia de los principios procesales generales en las tres instancias del DI contemporáneo estudiadas en esta investigación (el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el órgano de solución de diferencias de la OMC y el Ciadi), es seleccionar algunos principios relevantes para acceder y obtener justicia en el plano internacional, y revisar su aplicación en cada una de ellas. Para estos efectos, hemos escogido los siguientes principios procesales: 1) de la independencia de los decisores, 2) de la imparcialidad de los decisores, 3) de igualdad de las partes, 4) a la defensa técnica, 5) de publicidad, 6) de la contradicción, 7) de la libertad y oportunidad probatoria, 8) de los recursos idóneos y eficaces durante el proceso, 9) de la alternatividad y solución negociada de los conflictos, 10) de la pronta y cumplida justicia, 11) de la litis pendencia, 12) de la doble instancia y 13) de la cosa juzgada.

Hemos seleccionado estos principios con base en el criterio de que, en conjunto, estructuran el núcleo duro del debido proceso. Debe aclararse que su aplicación se ha realizado en cada una de las instancias investigadas por aparte²⁹, debido a que por sus especificidades es difícil

sistema vaya a dejar de ser interestatal. “Los paneles de la OMC están empezando a levantar el velo estatal para analizar los intereses de los agentes económicos, que son los que realmente están en juego en un diferendo. El caso más notorio es el del artículo 301, donde el panel sostuvo que una aplicación hipotética de una controversial ley comercial estadounidense no violaba las reglas de la OMC. El panel estuvo de acuerdo con la parte demandante, la Comunidad Europea, en que una prospectiva implementación de la ley del artículo 301 sería actualmente una violación de las reglas de la OMC” (Charnovitz; Aldana, 2001, 19).

²⁸ Buena parte de las 36 demandas interpuestas ante el Ciadi por inversionistas contra la república de Argentina, tras el colapso económico y social de 2001-2002, se basan precisamente en consideraciones de trato nacional. Véase Claudia Rodríguez Orrego, 2009. Monografía. Análisis de las facultades jurisdiccionales del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Caso argentino. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá.

²⁹ Reiteramos que para el análisis de cada principio procesal participó un investigador especializado de ILSA. En el caso del mecanismo de solución de diferencias de la OMC, el profesor Germán Burgos; en el caso del procedimiento arbitral ante el Ciadi, Jorge Carvajal, y en lo atinente al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Ana Lucía Maya.

hacer un estudio comparativo entre ellas; es posible que el análisis que proponemos pueda dar cuenta al final de algunas tendencias en los procedimientos en el DI actual.

Principio de la independencia de los decisores

En el SIDH el diseño del sistema de elección de los jueces y comisionados no garantiza la independencia o, al menos, la pone en entredicho. Los integrantes de los órganos de decisión son elegidos por la asamblea general de la OEA, de listas presentadas por los Estados³⁰. No existen criterios claros para la postulación de candidatos que obedezcan al mérito de los mismos y a sus calidades profesionales. La Convención Americana contempla algunas disposiciones que toman en consideración la necesidad de independencia de los órganos del sistema, verbigracia aquella que advierte sobre la incompatibilidad de la posición de los jueces con cualquier otra actividad que pueda afectar su independencia e imparcialidad (artículo 71 de la CADH).

Este tema sobre la problemática independencia de comisionados y jueces del SIDH ha dado lugar a varias propuestas, entre ellas la necesidad de un mayor compromiso de los Estados al momento de elegir, la creación de un organismo consultor independiente en materia de nominaciones, compuesto por personas calificadas e independientes que, antes de la votación, emita un informe de carácter no vinculante sobre la idoneidad de los candidatos (Cejil, 2008).

En el sistema de solución de controversias de la OMC, aunque existe un reconocimiento jurídico del deber de independencia, el origen de los árbitros no es meritocrático, se encuentra cerrado a los miembros de un grupo especial de expertos en tribunales de arbitramento, lo que política y profesionalmente se ha catalogado de problemático pues en la práctica sus fallos se han mostrado favorables a ciertos intereses, aclarando que no hay indicios que cuestionen su falta de independencia. Formalmente, la adopción de las decisiones de los grupos especiales y del órgano de apelación dependen del consejo de solución de controversias en pleno de la OMC, lo que indica su falta de independencia.

En el Ciadi también se presentan cuestionamientos por la elección de los árbitros³¹, lo que no garantiza la independencia de

³⁰ El Sistema de elección de los comisionados y jueces se ha establecido, respectivamente, en la Convención Americana, Capítulo VIII, artículos 36, 37, y en el Capítulo XI, artículos 79, 80, 81 y 82.

³¹ En la Convención de Washington de 1965 se regula lo atinente a nombramiento de árbitros y conciliadores en los artículos 3, 12, 13 y 15.

los tribunales debido a que muchos decisores han sido abogados que han representado previamente a empresas demandantes en los litigios ante el Ciadi, o su experiencia se centra en temas de derecho comercial o privado, por lo cual en los laudos que emiten no se sopesan suficientemente aspectos de interés público para los Estados. El origen de los árbitros mina el principio de independencia en esta instancia, o por lo menos crea conflictos de intereses.

En conclusión, en ninguna de las tres instancias investigadas hay certeza absoluta sobre la independencia de los decisores, básicamente en razón de problemas sobre su origen y designación. En temas de derechos humanos no conviene que sean los Estados quienes propongan a los comisionados y jueces, por ser ellos parte en el proceso ante el SIDH. En la OMC y en el Ciadi los problemas más álgidos se encuentran en los antecedentes profesionales de los árbitros que, por ser expertos en arbitraje comercial y privado o apoderar previamente a empresas, sus fallos tienen un sesgo donde dominan intereses privados, especialmente en el Ciadi. En la OMC, los decisores, al regirse taxativamente por las reglas comerciales incluidas en los acuerdos, no tienen mayor consideración por otras normas de interés público que también obligan a los Estados, lo que resulta, en muchas ocasiones, desfavorable para el bienestar económico y social de los Estados periféricos.

Principio de la imparcialidad de los decisores

Mientras la independencia de los decisores se refiere más a su origen y selección, la imparcialidad se entiende como la inmunidad personal del operador del derecho ante cualquier factor externo que pueda condicionar su decisión. Es otro asunto de vital importancia en la legitimidad de las instancias de la justicia internacional.

El SIDH ha establecido formalmente un régimen de incompatibilidades³². Un asunto debatido en esta instancia fue la posibilidad que ofrece la Convención de postular jueces *ad hoc*, cuando entre quienes conforman la corte no hay jueces de la nacionalidad del Estado demandado. En la opinión consultiva N.º 20 de 2009 la corte limitó esta práctica al darle un carácter excepcional y fijar su procedencia solo a casos interestatales³³.

³² Artículo 18, estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Artículo 8, estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009), artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-20/09 del 29 de septiembre de 2009. Serie A N.º 20, párrafo 45.

Al contrario, en el escenario de la OMC, formalmente no hay un régimen de incompatibilidades e inhabilidades. Se establece de manera explícita que no es posible nombrar a un miembro en el grupo especial proveniente de un país parte en la controversia, salvo acuerdo en contrario, con lo cual se garantiza la imparcialidad de tratamiento. Pero dado el origen político de una parte de los miembros del grupo especial, muchos de los cuales provienen de países del Norte, se ha sostenido por muchos analistas que los árbitros tienden a favorecer con sus decisiones a los países desarrollados.

En el contexto del Ciadi se cuestiona la imparcialidad de los árbitros debido al peso político y económico de las transnacionales, que puede influir sobre ellos, más cuando algunos de esos árbitros han trabajado para ellas o han servido de apoderados suyos en diferentes litigios. Un elemento importante al iniciar el procedimiento ante un tribunal arbitral en el Ciadi consiste en la verificación de que la controversia pueda ser resuelta por árbitros independientes frente presiones externas, o sea, que no estén comprometidos ni influenciados con o por ninguna de las partes.

Pese a que existen las figuras de la sustitución y recusación de los árbitros³⁴, hay casos en los cuales, cuando un Estado recusa, no se hace el cambio del árbitro cuestionado o el Ciadi no ha actuado de manera diligente, lo que ha generado dudas sobre su imparcialidad y neutralidad. Uno de estos casos es el conflicto Cemex vs. Venezuela iniciado en el 2008. Un elemento que influye en que no prosperen las recusaciones por falta de imparcialidad de los árbitros es la conocida “presunción de incumplimiento” del Estado receptor de la inversión, que considera a este como la parte fuerte e incumplidora y al inversor como la débil y afectada en la relación jurídica. Tal predisposición llega al punto de favorecer al inversor demandante, e incluso si este presenta una reclamación injustificada no hay ninguna sanción directa ni indirecta para él.

Principio de igualdad de las partes

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se considera fundamental el principio de equidad procesal³⁵. Se ofrecen

³⁴ Capítulo V, artículo 57 de la Convención de Washington. Prescribe que cualquiera de las partes podrá proponer a la comisión o tribunal correspondiente la recusación de cualquiera de sus miembros por la carencia manifiesta de las cualidades exigidas por el apartado 1 del artículo 14. En el procedimiento de arbitraje las partes podrán, así mismo, proponer la recusación por las causas establecidas en la sección 2 del capítulo IV.

³⁵ Ver, Corte Interamericana de Derechos Humanos. 1993. Caso Cayara. Excepciones Preliminares, Sentencia de 3 de febrero de 1993. Serie C, N.º 14, párrafo 55.

a las partes las mismas posibilidades de contradicción de hechos y pruebas durante el proceso. Al ser un proceso contradictorio, en sede de la Corte, se aplican los principios de defensa, debido proceso e igualdad procesal. No obstante, en la práctica hay hechos que desdican de esa igualdad formal entre las partes. Por ejemplo, las víctimas no tienen la posibilidad de someter un caso al conocimiento de la corte, es decir carecen del *ius standi* (García, 2002, 231-232), lo cual dificulta el acceso efectivo a este sistema de protección; las víctimas tampoco tienen recursos contra las decisiones de inadmisibilidad de las peticiones (Faundez, 2004, 1001-1002).

En el procedimiento en el órgano de solución de controversias comerciales entre Estados de la OMC hay igualdad entre las partes, aunque se reconocen ciertos matices de tratamiento favorable en materia de tiempo para los países en desarrollo y otros temas para aminorar las diferencias. Se invoca la buena fe de las partes como deber en todo el procedimiento. No hay claridad de la garantía o realización de esta igualdad procesal en la etapa de consultas.

En sede del Ciadi la constatación de una igualdad entre las partes en el proceso es débil, comenzando porque el derecho de demandar ante esta instancia arbitral internacional es del inversionista extranjero, situación que afecta el ejercicio de la soberanía de la jurisdicción nacional. Adicionalmente, juega en el trámite arbitral la ya referida “presunción de incumplimiento” del Estado receptor de la inversión, que conlleva siempre un tratamiento favorable al inversionista, considerado como la parte débil en el litigio.

Principio de la defensa técnica

En el SIDH este principio ha sido asumido con seriedad en las recientes reformas. Con la introducción de las figuras del fondo de asistencia legal y el defensor interamericano, el sistema busca brindar asistencia legal calificada para las víctimas³⁶. La CIDH ha sido activa en la capacitación a funcionarios de los gobiernos en los asuntos relacionados con el sistema interamericano.

Por parte de la OMC, existe el Centro de Asistencia Legal para los países en desarrollo, previa vinculación, que se sostiene a través de

³⁶ Asamblea general de la OEA (2008), AG/Res. 2426 (XXXVIII-O/08). Creación del fondo de asistencia legal del sistema interamericano de derechos humanos (aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008). Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2010. Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/informes.cfm>. Recuperado el 2 de mayo de 2011.

subsidios pagados voluntariamente por algunos Estados desarrollados. Su alcance es limitado respecto de la demanda y capacidad para participar en los aspectos previos a la generación de un caso.

El proceso arbitral ante el Ciadi requiere la presencia de abogados expertos en el tema³⁷, conocedores del procedimiento y los antecedentes sobre la manera en que los conflictos se han tramitado en esta instancia, porque buena parte de las decisiones incluidas en los laudos recurren al precedente arbitral. Son excepcionales los países que administran por sí mismos los procedimientos de arbitraje de inversión y no recurren a asistencia técnica especializada. México y Argentina, por sus numerosos litigios en esta materia, han avanzado en modelos propios nacionales de defensa. Otros países, como Chile, Ecuador y Perú, han preferido conservar una estructura de coordinación, produciendo las normas necesarias que les permitan ante un litigio tener criterios de selección para la asesoría internacional que se requiera.

Principio de publicidad

En el SIDH el procedimiento es público, cuenta con audiencias, notificación de decisiones y publicación de las mismas. Incluso se pueden consultar los expedientes de los casos ante la Corte Interamericana, una vez han sido resueltos. La única excepción a la publicidad se da en el procedimiento ante la Comisión Interamericana, cuando concluye la etapa de fondo y este organismo elabora un informe que se transmite al Estado interesado (que no está autorizado para publicarlo), para que resuelva la situación problemática. Dicho informe, en principio, no es público pero lo puede ser posteriormente³⁸.

En la solución de diferencias comerciales entre Estados en sede de la OMC, el procedimiento es confidencial, tanto en sus aspectos jurídicos como en la práctica, aunque se puede publicar a voluntad de las partes. Las decisiones son anónimas. Finalmente, es posible conocer la decisión final pero no los alegatos. De manera análoga ocurre en el caso del Ciadi: los procesos no se conocen y los arbitrajes se efectúan a puerta cerrada. Solo se publica el registro.

Principio de la contradicción

En las instancias del SIDH en el procedimiento que se lleva tanto en sede de la comisión como en el contencioso ante la Corte

³⁷ Regla 18 del procedimiento ante el Ciadi sobre representación de las partes.

³⁸ Artículos 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Interamericana, está prevista la posibilidad de contradecir los hechos, los argumentos de derecho y las pruebas, así como todo aquello que puede influir en una decisión final³⁹.

En el procedimiento que se surte ante la OMC, jurídicamente está garantizado el principio de contradicción en las distintas fases del proceso, pero dada la libertad probatoria surge la dificultad fáctica para contradecir las pruebas presentadas a última hora por alguna de las partes. No hay claridad de la realidad de la contradicción en la etapa de consultas.

En el trámite arbitral en el Ciadi, se respeta el principio de contradicción dentro del proceso y están previstos algunos recursos en esta perspectiva, básicamente el de revisión (artículo 51 de la Convención de Washington) y el de anulación (artículo 52). Las reglas de arbitraje se aplican desde el envío de la notificación del acto de registro de una solicitud de arbitraje hasta la expedición del laudo, incluyendo el agotamiento de los mencionados recursos contra el laudo.

Principio de libertad y oportunidad probatoria

En el SIDH hay libertad probatoria. El solicitante debe aportar las pruebas en la petición ante la comisión. Lo mismo aplica para los Estados y la comisión cuando acuden a la Corte Interamericana. Los órganos del sistema deciden con base en las pruebas disponibles (documental, testimonial y pericial); además se apoyan en otros medios probatorios como las presunciones, los indicios, los hechos notorios, etc. Las pruebas rendidas ante la comisión pueden ser validadas e incorporadas en el procedimiento que se lleva ante la corte, teniendo presente su debida contradicción.

Los momentos procesales para aportar pruebas son: la demanda y la contestación, en el escrito de excepciones preliminares y en su contestación (artículo 50, Convención Americana). Por fuera de estos momentos procesales, excepcionalmente, la corte podrá admitir una prueba si alguna de las partes alegare fuerza mayor, impedimento grave o hechos sobrevinientes⁴⁰.

³⁹ Artículo 57, numeral 1, del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Igualmente Corte Interamericana de Derechos Humanos. 1993. Caso Cayara. Excepciones preliminares, sentencia del 3 de febrero de 1993. Serie C, N.º 14, párrafo 40.

⁴⁰ Ver para la admisión de pruebas ante la Corte Interamericana el artículo 57 de su reglamento. Respecto de la oportunidad procesal ante la corte, los artículos 35.1, 36.1, 40.2 y 41.1 del reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y en cuanto a la excepcionalidad procesal, el artículo 57.2 del mismo reglamento.

En el campo de la OMC existe libertad de medios probatorios. Sin embargo, no se identifica una etapa probatoria fija. Hay inversión de la carga de la prueba que es asumida por el Estado demandado. En relación con el trámite arbitral en el Ciadi, se constata la existencia de reglas para interponer pruebas. Tanto los árbitros como las partes pueden solicitarlas.

Principio de los recursos idóneos y eficaces durante el proceso

En el SIDH no hay recursos contra las decisiones durante el procedimiento. En el procedimiento de solución de diferencias en la OMC existe el recurso de aclaración o reexamen de las consideraciones del informe presentado por el grupo especial; lo mismo procede el recurso de apelación del fallo final.

Una de las críticas más difundidas en relación con el arbitramento en sede del Ciadi es la ausencia de un sistema de doble instancia, que hace que no exista el recurso de apelación frente al laudo, que es definitivo y se equipara a una sentencia en firme. No obstante, frente al laudo existen los recursos de aclaración, revisión y anulación. El recurso de aclaración se interpone cuando se presenta alguna duda de la partes sobre el alcance o sentido del laudo (artículo 50, Convención de Washington). El recurso de revisión les permite a las partes solicitar un nuevo examen del laudo proferido por la existencia de un hecho que no se conocía en el momento de su expedición, y puede influir notoriamente en la decisión del laudo (ibíd., artículo 51). Por último, el recurso de anulación se acciona únicamente por los motivos señalados en el artículo 52 de la Convención referidos a vicios en la constitución del tribunal, extralimitación manifiesta de las facultades del tribunal, corrupción, violación de alguna norma de procedimiento o falta de motivación del laudo. En caso de que una de las partes interponga alguno de los recursos mencionados, la parte interesada podrá solicitar expresamente y por escrito la suspensión del laudo, mientras se resuelve el recurso⁴¹.

⁴¹ El artículo 53 de la Convención de Washington señala que 1) “El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este convenio. 2) A los fines previstos en esta sección, el término ‘laudo’ incluirá cualquier decisión que aclare, revise o anule el laudo, según los artículos 50, 51 o 52”.

Principio de la alternatividad y solución negociada de los conflictos

La Convención Americana sobre Derechos Humanos contempla la posibilidad de una solución amistosa en la etapa de procedimiento ante la comisión (artículos 48 y 49). Es deber de la Comisión Interamericana ponerse a disposición de las partes con el objetivo de que estas lleguen a un acuerdo amistoso con base en el respeto de los derechos humanos. Si se llega al acuerdo, la CIDH elabora un informe que se transmite a las partes y se notifica a la Secretaría General de la OEA. Este informe se puede publicar.

En el procedimiento en la OMC se admite la conciliación o el acuerdo en cualquier momento. En la instancia del Ciadi el arbitraje es concebido como el mejor medio alternativo de resolución de controversias.

Principio de la pronta y cumplida justicia

Se observa un bajo cumplimiento de las decisiones proferidas en el marco del SIDH. Además, el sistema en general no resuelve los casos en un plazo razonable, que se ajuste a las demandas de las víctimas. Existen hechos de violaciones a los derechos humanos que luego de diez años o más, sin ser resueltos por la administración de justicia nacional, han pasado al SIDH acumulando tiempos entre el trámite surtido en la comisión y en la corte por cerca de una década, y luego de existir sentencia internacional, esta se ha tomado varios años para su cumplimiento por parte del Estado responsable. El segundo aspecto se debe, principalmente, a que el sistema no cuenta con los recursos económicos suficientes para su funcionamiento, no existe un órgano de seguimiento y no hay suficiente voluntad política de los Estados para el cumplimiento de las decisiones (Shaver, 2009, 25; Basch et al., 2010, 24; Goldman, 2009, 884).

En el procedimiento en la OMC se cumplen los tiempos de manera relativa. Con todo, el tiempo total tiende a ser mucho menor en comparación con otras formas internacionales de solución de controversias⁴².

⁴² De acuerdo con el tratadista Pablo Zapatero, este mecanismo interestatal de solución de controversias, que consta de los paneles y el órgano de apelación, adopta decisiones vinculantes en plazos relativamente cortos (doce meses en primera instancia y quince meses con apelación). Al mismo tiempo, el mecanismo incentiva el cumplimiento de sus decisiones por medio de la autorización de suspensión de concesiones (Zapatero, 2008, 1).

Por su parte, los procedimientos y los laudos del Ciadi ocupan en promedio ocho años, tiempo bastante considerable tratándose de un mecanismo alternativo para dirimir disputas, pero que se explica por la posibilidad que tienen las partes de activar recursos durante el trámite. El sometimiento a la jurisdicción del Ciadi es voluntario y una vez aceptado el mecanismo de conciliación o arbitraje ante este, conduce a la renuncia de inmunidad de jurisdicción nacional y la obligación de reconocimiento del laudo. Proferido el laudo se espera que los Estados parte de la Convención de Washington lo hagan cumplir en su jurisdicción, tal como si fuera una sentencia en firme de un juez nacional. Cualquier duda sobre la validez del laudo debe tramitarse ante el Ciadi. Si bien es cierto que el Ciadi no cuenta con mecanismos de coerción directos, en general ningún Estado condenado a pagar daños se ha negado a hacerlo, en parte por la existencia de medidas disuasivas muy eficaces⁴³.

Principio de la litispendencia

En sentido estricto, el concepto de litis pendencia se refiere al conjunto de efectos –de muy variada y heterogénea índole– que pueden asociarse a la existencia de un proceso pendiente sobre un objeto determinado. Entre tales efectos se destaca el de la excepción jurídica que puede invocar una de las partes en un proceso, para evitar que se adelante un nuevo procedimiento ante otra instancia judicial, mientras no se resuelva el proceso anterior sobre el mismo objeto procesal, es decir, procesos en los que hay identidad de sujetos, causa *petendi y petitum*.

Este principio se aplica a situaciones es las que un proceso no debe desarrollarse y, en cualquier caso, no debe terminar con un pronunciamiento de fondo, si existe otro proceso pendiente sobre el mismo objeto. La litispendencia busca evitar la duplicación de la actividad jurisdiccional y que no exista más de una relación procesal entre las mismas personas y hechos, o lo que es más grave, que se dicten fallos contradictorios. Se basa entonces en una “eficacia excluyente”

⁴³ Pese al levantamiento de la protección diplomática establecida en los artículos 27 y 64 de la Convención del Ciadi por parte del Estado contratante, del cual el inversor es nacional, los países desarrollados implementan diferentes medios de coerción diplomáticos para presionar el cumplimiento de los laudos que favorecen a sus inversores. Está contemplado el procedimiento ante la Corte Internacional de Justicia para resolver las diferencias de los estados en relación con la aplicación e interpretación de la dicha Convención y, finalmente, el señalamiento del país receptor condenado en el Ciadi de tener altos niveles de riesgo para la inversión, puede ocasionar el retiro de capitales extranjeros y afectar su economía.

porque busca la inmediata finalización del proceso posterior con idéntico objeto y, en cualquier caso, que concluya de ser posible sin una decisión de fondo.

La doctrina no es homogénea frente a los problemas que plantean la litispendencia y la cosa juzgada en el arbitraje internacional. Algún consenso se ha logrado con las recomendaciones formuladas por la International Law Association⁴⁴ que abogó para que la buena administración de la justicia arbitral tenga en cuenta la necesidad de una eficaz coordinación de los procedimientos entre las diferentes jurisdicciones arbitrales, multiplicadas por la formalización de tratados de libre comercio de carácter regional. Con respecto a esta última realidad, los tribunales arbitrales de alcance regional se encuentran con mayor frecuencia confrontados con la cuestión de que las controversias que están conociendo pudieran estar pendientes o haber alcanzado decisiones en algún tribunal internacional o supranacional, para lo cual han optado estos tratados de carácter regional por hacer prevalecer sus propios tribunales o mecanismos de solución de controversias frente a los de naturaleza supra-nacional⁴⁵ (Cremades; Madalena, 2008, 13-70).

Hechas las aclaraciones conceptuales precedentes, revisemos la aplicación de los principios de litispendencia en las tres instancias de justicia internacional en las que nos ocupamos. En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos está prohibida expresamente la litispendencia⁴⁶. Según la Corte Interamericana, para que haya litispendencia se requiere: identidad de partes, igual objeto e idéntica base legal (caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Excepciones

⁴⁴ The International Law Association “Res judicata and arbitration”, Report of the Seventy-First Conference, Berlin, 2004, y “Final report on lis pendens and arbitration”, Report of the Seventy-Second Conference, Toronto, 2006. Ambos informes se encuentran disponibles en <http://www.ilahq.org>.

⁴⁵ Esta exclusividad de jurisdicción está prevista en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (Nafta, por su sigla en inglés) y en Protocolo de Olivos en el tratado del Mercosur. Pero esta concentración de jurisdicción se da incluso más allá de los tratados de libre comercio, y se encuentra también presente en tratados políticos de integración regional, para dar un solo ejemplo, conforme surge del artículo 292 del Tratado de la Comunidad Europea: “Los estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación del presente tratado a un procedimiento de solución distinto de los previstos en este mismo tratado”. Esta situación fue ratificada por el Tribunal de Justicia, en el caso de la Comisión de las Comunidades Europeas contra Irlanda (asunto C-459/03) del 30 de mayo de 2006.

⁴⁶ El artículo 47.d. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala: “La comisión declarará inadmisibles toda petición o comunicación presentada de acuerdo con los artículos 44 o 45 cuando: (...) d. sea sustancialmente la reproducción de petición o comunicación anterior ya examinada por la comisión u otro organismo internacional (...)”.

Preliminares. Sentencia de 18 de noviembre de 1999. Serie C, N.º 61, párrafo 53).

En la jurisdicción adscrita a la OMC, en el texto de entendimiento sobre la solución de diferencias (norma de jurisdicción 1.1), los Estados miembros no pueden demandar casos en la OMC que no estén basados en una de las reglas de los acuerdos contemplados en esta organización. Esto supone una exclusividad de jurisdicción que excluiría, de plano, la ocurrencia de la litispendencia. Los grupos especiales y el órgano de apelación solo aplican las normas de los acuerdos (artículo 23.1) y excepcionalmente usan las de interpretación del derecho internacional público general (procesal y sustantivo), en especial, las incluidas en el artículo 38 de la Corte Internacional de Justicia, aunque esto varía cuando se trata de los casos de acuerdos especiales.

En el arbitraje del Ciadi, este mecanismo de solución de diferencias se concibe como una institución autónoma frente a las instancias judiciales nacionales y otras jurisdicciones internacionales. Un conflicto no se puede tramitar ante el Ciadi y simultáneamente ante otro órgano. Los conflictos llevados ante esta instancia tienen carácter específico y se encuentran relacionados con el incumplimiento de contratos con inversionistas extranjeros, el incumplimiento de un tratado bilateral de inversión (TBI) o de un tratado de libre comercio. La jurisdicción del Ciadi se activa de acuerdo con el principio de voluntariedad, lo que quiere decir que prestado el consentimiento conforme a las reglas establecidas para ello, el trámite arbitral ante esta instancia se vuelve exclusivo y los laudos son de obligatorio cumplimiento⁴⁷.

Principio de la doble instancia

El SIDH no contempla la posibilidad de una doble instancia. Por el contrario, el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es inapelable. No obstante, el sistema contempla la posibilidad de una

⁴⁷ Se podría acudir a otra vía para exigir el cumplimiento de un laudo en caso de una negativa o resistencia de un Estado. Es la figura del exequátur, un procedimiento para la validación de sentencias proferidas fuera del territorio nacional, que se aplica en virtud de un tratado o se invoca bajo el principio de reciprocidad del derecho internacional. Esta figura no se ha usado para el cumplimiento de laudos proferidos por el Ciadi.

No obstante, frente a la doctrina de la obligatoriedad de los laudos del Ciadi, ha ganado audiencia la llamada "doctrina Rosatti" (propuesta por el exministro de Justicia de Argentina, Horacio Rosatti), que manifestó que los laudos no pueden estar por encima de la constitución del Estado. Se impone la necesidad de revisión de los laudos por los tribunales locales para verificar que no trasgreden el orden público o no estén contra el orden constitucional.

interpretación de la sentencia de la corte, siempre que la solicitud se presente dentro de los 90 días después del fallo (artículo 67 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). La reflexión sobre la conveniencia de una segunda instancia no es común en los estudios sobre el SIDH, quizá porque implicaría un aumento en los plazos de las decisiones, que de por sí son bastante amplios. En relación con la OMC hay doble instancia para la decisión final a cargo del órgano permanente de apelación. En el caso del Ciadi no existe la doble instancia.

Principio de cosa juzgada

El fallo de la Corte Interamericana es definitivo (artículo 67 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). En la instancia de tramitación de controversias de la OMC no hay reconocimiento técnico de la cosa juzgada, por lo cual es factible volver a presentar un caso similar en el futuro. Los precedentes de las decisiones del órgano de apelación no son obligatorios jurídicamente, pero en la práctica de los paneles se acude a ellos. En el Ciadi el laudo produce los efectos de la cosa juzgada.

ALGUNAS CONCLUSIONES

El derecho global no significa un nuevo estadio del DI ni implica una ruptura del orden jurídico internacional, solo una transformación y adaptación del derecho internacional a las circunstancias de la globalización.

Una consecuencia inmediata de esta aseveración es que las tradicionales clasificaciones del DI propuestas por la doctrina internacional siguen vigentes, en especial aquella que distingue entre el derecho clásico internacional y el derecho contemporáneo, y la del derecho internacional general y el derecho internacional particular.

Es relevante esta última clasificación. El derecho internacional general alude a las normas jurídicas internacionales que son válidas para todos los sujetos del DI. En tal sentido, las normas de derecho consuetudinario y los principios del derecho tendrían este grado de generalidad. Necesariamente se encontrarían en esta tipología las normas de *ius cogens* que constituyen paradigmas del derecho internacional, por lo que no son dispositivas sino tienen carácter imperativo, al hacer surgir obligaciones *erga omnes* para todos los Estados y sujetos de derecho. Las hay de carácter universal pero también son reconocidas en los derechos regionales.

El DI particular, por su parte, apunta al derecho vigente para una comunidad específica, o regula ciertos regímenes jurídicos

particulares creados mediante un tratado o por una costumbre regional, especial o bilateral. Estas normas carecen de validez universal y solo la tienen para ciertos Estados o sujetos de derecho internacional. Tanto el tratado como la costumbre son normas dispositivas, o sea que dependen de la voluntad de las partes que las crean.

Lo valioso de esta clasificación es que nos pone de frente con la cuestión de los conflictos normativos en el plano internacional o derivados de la fragmentación del DI. ¿Cómo deben solucionarse los actuales dilemas de colisiones entre los tratados de derechos humanos y los emergentes paradigmas del derecho internacional del comercio y las inversiones?

Para avanzar, es indispensable clarificar qué principios tienen mayor peso jurídico: los incluidos en los tratados de derechos humanos o los que regulan los regímenes particulares del comercio y las inversiones en el mundo. Esta cuestión solo puede ser dilucidada, en parte, acudiendo a un concepto unívoco de los principios.

Para este fin, en la definición de los principios se debe reconocer una base axiológica incuestionable. Ellos contienen los valores (morales, éticos y políticos) que crean (constitucionalizan) a la comunidad internacional, sin los cuales no podría subsistir: la dignidad de la persona, la paz, la vida, la justicia, la seguridad, la libre determinación de los pueblos, la no intervención en la jurisdicción interna de los Estados, la cooperación, la solidaridad y el medio ambiente sano, entre otros.

De igual manera, son valores sociales, producto del consenso general en la comunidad internacional, a diferencia de los individuales (o morales) que persiguen fines privativos de un grupo de la CI (como los de las organizaciones supraestatales, de un Estado en particular o varios Estados asociados, o de cualquier otro sujeto de DI). Por lo mismo, los principios, en un sentido estricto, serían los ligados a las normas del *ius cogens*.

Conforme a lo anterior, ha cobrado fuerza en la teoría jurídica la adhesión a la posición de que los derechos humanos expresan principios del *ius cogens* (Alexy, 2003; Finnis, 1984; Vigo, 2000, Beladiez, 1994) por constituir los valores y normas jurídicas fundamentales para la comunidad internacional. Esta categoría cobijaría los principios consagrados en la Carta de la ONU (Preámbulo y capítulo I: Propósitos y principios) y los incluidos en la Resolución 2625/XXV de 1970 (Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas), y otros incluidos en instrumentos regionales de protección de los derechos humanos.

Adicionalmente, ubicados los derechos humanos en este marco, las obligaciones que imponen son *erga omnes* en el sentido explicado por la CIJ en el caso *Barcelona Traction*, o sea, son obligaciones que se contraen ante toda la comunidad internacional e incorporan valores esenciales (o derechos esenciales) que explican razonablemente que los Estados tengan interés jurídico en su cumplimiento (Cebada, 2002, 5). Así que las obligaciones de respeto, cumplimiento y protección que suelen asociarse con los tratados de derechos humanos, son imperativas al poseer la naturaleza de *erga omnes*. Desde esta perspectiva, cualquier Estado debe obedecer las obligaciones de derechos humanos sin que le sea permisible recurrir a ninguna justificación basada en la soberanía estatal o en cualquier otra consideración para no hacerlo.

Ocurre lo contrario con otras obligaciones como las que imponen, por ejemplo, las normas de trato nacional o nación más favorecida que, al quedar incorporadas en un tratado multilateral (como el del Acuerdo de Marrakech que dio origen a la OMC), son sin duda *erga omnes*, pero por carecer del atributo de ser valores esenciales para la comunidad internacional, no tienen carácter imperativo; en suma, no son *ius cogens* (o principios del DI general) y por lo mismo deben ceder frente a aquellas normas que sí tienen tal carácter, so pena de su nulidad.

Por lo tanto, los principios provenientes de los derechos internos como los conocidos “principios generales del derecho”, o que se originan en los derechos internacionales especiales o particulares (verbigracia, los incluidos en el derecho de los tratados o convencional, en el derecho del mar, en el derecho procesal, comercial mundial o de las inversiones, etc.), o los principios emergentes de codificaciones del *soft law* (tipo Unidroit o los del derecho administrativo global, etc.), al no ser *ius cogens*, necesariamente deben ceder frente a los principios que inspiran a los tratados de derechos humanos.

No obstante, existen imbricaciones inocultables de principios *ius cogens* y demás categorías de principios en los diferentes *corpus iuris* en el DI, sean de carácter universal o de naturaleza especial. Por ejemplo, el debido proceso que podría ubicarse como principio especializado, contiene él mismo elementos que no pueden disociarse del principio *ius cogens* de dignidad humana. En un breve análisis de los principios procesales en las instancias del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, de la OMC y del Ciadi, es difícil establecer comparaciones entre jurisdicciones tan específicas, pero pueden vislumbrarse problemas relevantes como la falta de independencia de los decisores, dificultades en la transparencia y publicidad de los procedimientos, para acudir a una segunda instancia u operar recursos efectivos en los trámites.

En relación con las conexiones y supremacía de los tratados de derechos humanos y los de libre comercio e inversiones, extrapolando algunas de las definiciones presentadas a lo largo del texto al campo actual del DI, varias afirmaciones se pueden hacer para apoyar uno de los objetivos de este escrito, como por ejemplo demostrar que las normas y principios de derecho humanos tienen mayor peso específico que aquellos que se articulan al derecho internacional del comercio y de las inversiones:

- 1) La mayor parte de las normas del derecho internacional del comercio y de las inversiones son del tipo reglas jurídicas, referidas a cuestiones técnicas y no protectoras de valores o intereses superiores de la comunidad internacional. Por lo mismo, se trataría de normas de carácter dispositivo para las partes contratantes, como bien lo demuestran las reservas y salvaguardas que se introducen en estos tratados por los Estados que los pactan.
- 2) Los tratados de derechos humanos incluyen principios en el sentido unívoco del término, cuya base axiológica es la protección de la dignidad humana, en su sentido tanto negativo como positivo, es decir, en lo que tiene que ver con la esfera de las libertades y con el ámbito de la igualdad material. En este sentido, son normas del *ius cogens* de carácter imperativo, inderogable e indisponible para todos los sujetos del derecho internacional.
- 3) Los principios incluidos en los tratados del derecho internacional del comercio y de las inversiones, lo son en sentido débil del término, es decir, no poseen los atributos o cualidades de los principios en sentido unívoco al no proteger valores superiores o “constitucionales” para la comunidad internacional. Contienen intereses importantes para la economía de mercado, cuyo incumplimiento podría poner en riesgo a lo sumo el modelo capitalista de acumulación en algún lugar, pero no la sobrevivencia o coexistencia misma de la humanidad que es la esencia de los auténticos principios del DI general. Los principios en sentido estricto se basan en valores fundamentales y sociales de la comunidad internacional, por lo mismo no pueden hacerlo sobre valores secundarios ni individuales (Valencia, 2007a, 76), como sería el caso de los derechos particulares de los Estados referidos a relaciones comerciales con otros Estados o de los derechos de propiedad que tienen los inversionistas.

- 4) Los principios incluidos en los tratados del derecho internacional del comercio y de las inversiones podrían catalogarse como “mandatos de optimización”, en el entendido de que solo son realizables dependiendo de los condicionamientos fácticos y jurídicos presentes en el contexto de su aplicación. Un límite jurídico insuperable es que no pueden menoscabar los derechos humanos en los lugares donde se ejecutan, pues como hemos dicho reiteradamente, el principio *pro homine* o de derechos humanos prevalece frente a cualquier otra norma del DI, criterio recogido en el artículo 103 de la Carta de Naciones Unidas.
- 5) La noción de los principios entendidos como mandatos de optimización, o sea, aplicables por grados o en la mayor medida de lo posible, en referencia al derecho internacional de los derechos humanos, no sería aplicable pues los derechos humanos se encuentran circunscritos como *ius cogens* que demandan cumplimiento inmediato y universal⁴⁸.
- 6) Las normas de derechos humanos son *ius cogens* e imponen obligaciones *erga omnes*. En consecuencia, las obligaciones de respeto, cumplimiento y protección se han contraído por parte de los Estados frente a toda la comunidad internacional y, en este entendido, solo cabe obedecerlas sin ninguna justificación basada en la soberanía estatal o en cualquier otra consideración. En cambio, otras obligaciones como las que imponen, por ejemplo, las normas de trato nacional o nación más favorecida, al quedar incorporadas en un tratado multilateral como el de la OMC, son sin duda *erga omnes*

⁴⁸ Un tema problemático en este plano es sobre hasta dónde llega el deber estatal de cumplimiento con los derechos sociales conociendo que su realización está mediatizada por complejos arreglos institucionales, y que por eso está aceptado internacionalmente su progresividad, hecho que haría dudar de la fuerza imperativa que devendría de ser parte del *ius cogens*. Al respecto es necesario decir que el Comité de Naciones Unidas del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General N.º 3 sobre la naturaleza de las obligaciones de los Estados que impone este Pacto, expresó que los Estados deben garantizar esos derechos inmediatamente por lo menos en sus contenidos básicos, especialmente a los sectores más vulnerables, aun en periodos de crisis económica (HRI/GEN/1/Rev. 9, vol. I). Por lo tanto, aunque son derechos progresivos, tal gradualidad para su cumplimiento no implica diferirlos o postergarlos a un futuro incierto, sino que los Estados están obligados a adoptar todas las medidas necesarias para ir alcanzando niveles razonables de satisfacción desde ahora. (Abramovich; Courtis, 2002, 93).

pero por carecer del atributo de ser valores esenciales para la comunidad internacional, adolecen de carácter imperativo; en suma, no son *ius cogens* (o principios del DI general) y por lo mismo deben ceder frente a aquellas normas que sí tienen tal carácter, so pena de su nulidad.

- 7) Si bien existe el principio *res inter alios acta* que indica que los tratados solo imponen obligaciones entre las partes contratantes, es fácil advertir que las cláusulas como las del trato nacional y de la nación más favorecida hacen nacer obligaciones para terceros no contratantes, dado que si preexiste –o sobreviene– en un tratado alguna ventaja concedida por un Estado a otro, esta misma ventaja de manera automática debe ser extendida a los sucesivos Estados (terceros no contratantes) con los que realicen arreglos comerciales posteriores, para quienes se impone de antemano la misma obligación así no hayan concurrido a la celebración del tratado, salvo que introduzcan algún tipo de reservas. Esta lógica en cambio no puede trasplantarse al derecho internacional de los derechos humanos, en el entendido de que estos son instrumentos jurídicos creados y ratificados por los Estados para otorgar derechos a sujetos que no concurren a su elaboración y, por lo tanto, los Estados no pueden desvincularse unilateralmente de su obligación de respetar los derechos de esos “terceros” al pactar nuevos convenios con otros Estados o sujetos de derecho internacional. Los derechos humanos no están disponibles a la voluntad soberana de los Estados (Teitelbaum, 2005, 46).

REFERENCIAS

- ALEXY, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Ernesto Garzón Valdés (trad.). Colección El Derecho y la Justicia, 34. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ALEXY, R. (2003). *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Carlos Bernal (trad.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ÁLVAREZ DE EULATE, M.B. (1991). Derecho procesal internacional. Enciclopedia GER. En http://www.canalsocial.net/ger/ficha_GER.asp?id=4856&cat=derecho.
- ARREDONDO, R. (2004). La aplicación de los principios del derecho internacional en el mecanismo de solución de diferencias de la OMC. En Las negociaciones comerciales multilaterales de la ronda de Doha.

- Desafíos para Argentina. Buenos Aires: Instituto del Servicio Exterior de la Nación. En http://cei.mrecic.gov.ar/userfiles/1_cei_isen2.pdf.
- BASCH, F. et al. (2010). The Effectiveness of the Inter-American System of Human Rights Protection: A Quantitative Approach to its Functioning and Compliance with its Decisions, *Sur Review, International Journal on Human Rights*, 7 (12). Jun. Biannual, English edition.
- BELADIEZ ROJO, M. (1994). *Los principios jurídicos*. Madrid: Tecnos.
- CEBADA ROMERO, A. (2002). Los conceptos de obligación *erga omnes*, *ius cogens* y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CID sobre responsabilidad de los estados por hechos ilícitos. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. En www.reei.org.
- CHARNOVITZ, S.; ALDANA, M. (2001). The WTO and the Rights of the Individual. *Intereconomics*, 36. March/April. Washington.
- CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL (CEJIL) (2008). *Aportes para la reflexión sobre posibles reformas al funcionamiento de la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Buenos Aires.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE NACIONES UNIDAS (CDI) (2001). Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobados por el comité de redacción en segunda lectura. A/CN.4/L.602/Rev.1, del 26 de julio de 2001. En <http://www.un.org/law/ilc/sessions/53/53sess.htm>
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE NACIONES UNIDAS (2006). Informe final del grupo de estudio de la CDI, elaborado por Martti Koskenniemi. Capítulo X: Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional. 55 periodos de sesiones. A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006.
- COMISIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO (CID). (2006). Informe sobre la fragmentación del derecho internacional. A/CN.4/L.702.
- CREMADES, B. y MADALENA, I. (2008). Procedimientos paralelos en el arbitraje internacional. En *Revista de la Corte Española de Arbitraje*. Madrid.
- DELAPLACE, D. (2005). El mecanismo de consulta y revisión de cumplimiento del Banco Interamericano de Desarrollo. Presentación y análisis desde la perspectiva de los derechos humanos. Ponencia presentada, en agosto de 2005, durante el "Seminario Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales", realizado en instalaciones de la SRE, en Tlatelolco, D.F. En Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México; Comisión Europea. Memorias del seminario Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. México D.F. En <http://portal.sre.gob.mx/pcdh/libreria/libro6/libro6.pdf>.
- SANTOS DE SOUSA, B. (1998). *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá: Universidad Nacional

- de Colombia (Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales), Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA).
- DEVIS ECHANDÍA, H. (1987). *Compendio de derecho procesal. Teoría general del proceso*. Tomo I. Duodécima edición. Bogotá: Editorial Biblioteca Jurídica Dike.
- DWORKIN, R. (1999). *Los derechos en serio*. Traducción de Marta Gustavino. Barcelona: Editorial Planeta-Agostini.
- FAIRÉN GUILLÉN, V. (1992). *Teoría general del derecho procesal*. Primera edición. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma de México.
- FAUNDEZ, H. (2004). *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. Tercera edición. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- FINNIS, J. (1984). *Natural law and natural rights*. Oxford: Clarendon Press.
- FORTIN, C. (2008). *Régimen jurídico del comercio internacional y derechos humanos. Una compleja relación*. En Anuario de Derechos Humanos 2008. Universidad de Chile. Varios autores. Editado por el Centro de Derechos Humanos.
- GALLARDO VIEIRA, P. F.; DE AZEVEDO Pinheiro, H. T. *Empresas transnacionales en el banco de los acusados. Violaciones a los derechos humanos y las posibilidades de responsabilización*. Curitiba, Brasil: Publicación de Terra de Direitos. Sk Editora Ltda.
- GARCÍA, S. (2002). El acceso de la víctima a la jurisdicción internacional de derechos humanos. Ponencia para el Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).
- GOLDMAN, R. (2009). History and Action: the Inter-American System and the Role of the Inter-American Commission on Human Rights. *Human Rights Quarterly*.
- GÓMEZ ROBLEDO, A. (2003). *El ius cogens internacional. Estudio histórico-crítico*. México D.F.: UNAM. En <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1073>
- HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J. (2009) *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: Historia de una asimetría normativa. De la responsabilidad social corporativa a las redes contra-hegemónicas transnacionales*. Bilbao: Hegoa.
- JIMÉNEZ GIL, W. (2004). Sobre principios y reglas, los problemas del razonamiento jurídico frente al “nuevo derecho” en el sistema jurídico colombiano. Tesis de maestría. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.
- KINGSBURY, B.; KRISCH, N.; STEWART, R. (2005). *El surgimiento del derecho administrativo global*. Facultad de Derecho. New York University. En <http://www.iilj.org/GAL/documents/ElsurgimientodelDerechoAdministrativoGlobal.pdf>.

- LÓPEZ AYLLÓN, S. (2004). *Globalización, Estado de derecho y seguridad jurídica. Una exploración sobre los efectos de la globalización en los poderes judiciales de Iberoamérica*. Estudio preparado para la VIII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia bajo los auspicios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de los Estados Unidos Mexicanos. El Salvador.
- MARTÍN ARRIBAS, J.J. (2005). *¿Hacia un derecho internacional global en los albores del siglo XXI?* Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Montevideo: Konrad Adenauer.
- OVIEDO, J. (2003). Aplicaciones de los principios Unidroit a los contratos comerciales internacionales. *Criterio Jurídico*, 3. Pontificia Universidad Javeriana. Cali. En http://criteriojuridico.puj.edu.co/archivos/02_35_joviedo_aplicaciones_unidroit.pdf.
- PALACIO AVENDAÑO, M. (2011). Tres paradigmas de la justicia global: estados, individuos y movimientos sociales. Centro de Estudios Sociais. Universidade de Coimbra. En www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/.../4266_Oficina_do_CES_368.pdf.
- PANEL DE INSPECCIÓN DEL BANCO MUNDIAL. (2009). Informe "Los 15 años del panel de inspección". Washington, D.C.: Banco Mundial.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, C. (2011). Compilador. Navegando la globalización: un mapamundi para el estudio y práctica del derecho en América Latina. En *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Argentina: Siglo XXI Editores.
- RODRÍGUEZ ORREGO, C. (2009). Monografía. Análisis de las facultades jurisdiccionales del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Caso argentino. Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
- SHAVER, L. (2009). The Inter-American Human Rights System: An Effective Institution for Regional Rights Protection? (July 22, 2009). *Washington University Global Studies Law Review*, Forthcoming. En <http://ssrn.com/abstract=1437633>.
- SASSEN, S. (2010a). Desnacionalización de las políticas estatales y privatización de la producción de normas. En *Estado, soberanía y globalización*. Biblioteca Universitaria de Ciencias Sociales y Humanidades. Bogotá: Universidad Javeriana; Universidad de los Andes; Siglo del Hombre Editores.
- SASSEN, S. (2010b). *Territorio, autoridad y derechos. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*. Madrid: Katz Editores.
- TEITELBAUM, A. (2005). Los tratados bilaterales de libre comercio. El ALCA está entre nosotros. *Revista El Otro Derecho*. Juicio al libre comercio. Aspectos jurídicos de los TLC, 33. Bogotá: ILSA.
- TEITELBAUM, A. (2007). Al margen de la ley. Sociedades transnacionales y derechos humanos. Colección En Clave de Sur. Bogotá: ILSA.

- THE INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. (2004). Res Judicata and Arbitration. Report of the Seventy-First Conference, Berlin. En <http://www.ilahq.org>.
- THE INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. (2006). Final Report on Lis Pendens and Arbitration. Report of the Seventy-Second Conference, Toronto. En <http://www.ilahq.org>.
- TEUBNER, G. (2010). Regímenes globales privados: ¿derecho neo-espontáneo, y constitución dual de sectores autónomos? En Varios autores. *Estado, soberanía y globalización*. Biblioteca Universitaria de Ciencias Sociales y Humanidades. Bogotá: Universidad Javeriana; Universidad de los Andes; Siglo del Hombre Editores.
- VALENCIA RESTREPO, H. (2007a). La definición de los principios en el derecho internacional contemporáneo. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia*, 36 (106). Medellín.
- VALENCIA RESTREPO, H. (2007b). *Nomoarquica, principialística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho*. Cuarta edición. Medellín: Comlibros.
- VIGO, R. (2000). *Los principios jurídicos. Perspectiva jurisprudencial*. Buenos Aires: De Palma.
- ZAPATERO, P. (2007). Economía de mercado y derechos humanos: un estudio sobre la interdependencia de las normas. *Revista Derechos y Libertades*, 16. Madrid: Época II.
- ZAPATERO, P. (2008). *Participación pública y privada en los litigios de la OMC*. Madrid: Universidad Carlos III. En <http://www.reei.org>

La judicialización del derecho internacional en el contexto de la globalización. Algunas reflexiones

JOSÉ GERMÁN BURGOS SILVA*

Recibido: 1 de abril de 2011 - Aprobado: 15 de mayo de 2011



RESUMEN

Este texto desarrolla lo que ha sido el fortalecimiento de los espacios de solución de controversias en el marco del derecho internacional contemporáneo, lo cual está ligado por una parte, a la aceptación generalizada del no uso de la fuerza y la solución pacífica de diferencias, y de otro lado, a la densificación del derecho internacional acaecida de forma simultánea al proceso de globalización, el cual ha traído sus propios conflictos y tensiones. Para poder determinar el abordaje y las respuestas dadas por el derecho internacional a los conflictos propios de la globalización, en primer lugar, se presentan los desarrollos de la normativa internacional sobre la diferencia internacional y su pertinencia para ser aplicada a los conflictos propios de la globalización; seguidamente, son abordados los mecanismos de resolución de disputas internacionales, tanto aquellos eminentemente políticos, como los mecanismos arbitrales y los judiciales; en un tercer momento, se identifican rasgos característicos transversales de los mecanismos de tipo arbitral y judicial; de forma posterior, se abordan los impactos y transformaciones de la globalización en el derecho internacional; finalmente, el texto cierra con un acápite de conclusiones.

Palabras clave: Derecho Internacional Contemporáneo, Globalización, Mecanismos de resolución de controversias, CIADI, OMC.



ABSTRACT

This essay discusses what has been the strengthening of the dispute settlement areas as part of contemporary international law, which is linked on

* Abogado de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Ciencias Políticas y Derecho del Comercio Internacional y Doctor en Derecho de la Universidad de Barcelona. Profesor asociado de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia. E-mail:

the one hand, to the widespread acceptance of non-use of force and peaceful settlement of disputes, and on the other hand, the densification of international law occurred simultaneously with the process of globalization, which has brought its own conflicts and tensions. In order to determine the approach and the responses of international law to the conflicts of globalization, first, we present the development of international law on the international difference and its relevance to be applied to the conflicts of globalization, then, are addressed mechanisms for resolving international disputes, both those eminently political, such as arbitration and judicial mechanisms, in a third stage, characteristic features are identified cross-type mechanisms and judicial arbitration, so later, you address the impacts of globalization and changes in international law, and finally, the text ends with a concluding paragraph.

Keywords: Contemporary International Law, Globalization, dispute resolution mechanisms, ICSID, WTO.

INTRODUCCIÓN

El derecho internacional contemporáneo ha venido fortaleciendo, no sin dificultad, distintos espacios para afrontar y resolver las controversias entre algunos de los sujetos reconocidos por el mismo. Hoy existen múltiples espacios para el trámite pacífico de las controversias internacionales, que van desde la clásica Corte Internacional de Justicia de La Haya hasta el recientemente creado Tribunal Penal internacional, pasando por los múltiples mecanismos de arbitramento o mediación reconocidos a través de diversos tratados. Es igualmente destacable el surgimiento y fortalecimiento de instancias internacionales de tipo judicial para defender los derechos humanos a escala regional, tales como las cortes americana, europea y africana de derechos humanos.

Lo anterior es particularmente notable si se tiene en cuenta que antes de 1990 existían solo seis cortes internacionales permanentes: la Corte Internacional de Justicia, la Corte de las Comunidades Europeas, el Tribunal de la Comunidad Andina de Naciones, la Corte de Justicia del Benelux y las cortes de derechos humanos americana y europea (Brown, 2002). Hoy a este grupo se unen, entre otros, el Tribunal Internacional del Mar, la Corte Penal Internacional y el Órgano de Solución de Controversias de la OMC¹.

¹ Benedict Kingsbury afirma que solo en la década pasada cerca de una docena de instituciones judiciales o cuasijudiciales han sido establecidas a escala mundial. Entre ellas están el mecanismo

La dinámica identificada se entiende en el contexto de los desarrollos del derecho internacional moderno. Esto significa, en primer lugar, la aceptación de los principios de no uso de la fuerza y de la solución pacífica de las controversias establecidos en la Carta de la ONU. Igualmente expresa el convencimiento paulatino de los Estados de que no es posible un derecho internacional sin mecanismos que garanticen en última instancia su aplicación. Si bien este se funda en buena parte en el cumplimiento de buena fe de las normas que lo integran, es claro que la generación de diversos mecanismos que busquen su efectividad es un complemento útil y necesario que permite darle al derecho internacional un peso específico mayor.

Tras este aumento, Posner et al. (2005) afirman que ha estado asociado, entre otros, a los efectos de los conflictos armados de forma tal que el crecimiento de los anteriores es casi sucedáneo con el cierre de alguno de ellos. Además, desde una perspectiva realista en las relaciones internacionales defiende que en determinadas condiciones aquellos son instrumentos útiles para la defensa de los intereses de los Estados en su relaciones con otros.

Por su parte, Brown establece otro tipo de factores que explican el anterior proceso, entre los cuales estarían el aumento en la densidad del derecho internacional que hace necesario pensar en mecanismos para su cumplimiento, el compromiso creciente a favor de un Estado de derecho internacional, el fin de la guerra fría que ha facilitado la opción por vías institucionales para resolver conflictos y, finalmente, la experiencia positiva con pasadas experiencias de cortes y espacios de solución de controversias institucionales (Brown, 2002; Tiba, 2006).

Este fortalecimiento del número y ámbito de acción de los mecanismos de solución de conflictos internacionales se ha dado simultáneamente en el contexto mismo en el que surgen los procesos de globalización que para algunos permite hablar de la existencia de un mundo globalizado o de una mundialización en diversos ámbitos. Esta ha ido acompañada de su propia dinámica de conflictos y tensiones, que se expresan, entre otros, en los efectos globales del calentamiento global; el mayor o menor alcance del libre comercio; las consecuencias de la deslocalización productiva sobre los derechos labores de sectores del proletariado; las reacciones violentas ante el libre pensamiento religioso; la defensa de la soberanía como trinchera respecto de la defensa global de los derechos humanos, etc.

de apelación del OSD de la OMC, el mecanismo de resolución de disputas del TLC de Norteamérica, los tribunales *ad hoc* de Ruanda y la antigua Yugoslavia, la Comisión de Compensaciones de las Naciones Unidas y el panel de inspección del Banco Mundial (Brown, 2002).

Salvo los espacios políticos y sociales generados para denunciar, tramitar y responder a estos conflictos, las respuestas jurídicas globales a los conflictos de la globalización parecen ser excepcionales. En realidad, en el ámbito jurídico encontramos dos tipos de respuestas de cierta manera dominantes: por un lado, el derecho nacional trata –con limitaciones– de poner coto a los desafueros de una economía global que, por lo demás, cuenta con garantías jurídicas recogidas en tratados que hoy por hoy condicionan el mismo derecho nacional². Simultáneamente, el derecho nacional posibilita y canaliza dimensiones de esa globalización (Sassen, 2010). Un ejemplo serían las reformas constitucionales y legales que constriñen la actividad económica global en sus territorios, a escala laboral, ambiental, etc., las cuales sobreviven jurídicamente con normas que las protegen, tales como tratados bilaterales de inversión o contratos de seguridad jurídica³.

La segunda respuesta proviene del derecho internacional. Si bien se habla de la existencia de un derecho global o de la necesidad de uno (Domingo et al., 2006), es igualmente claro que este se encuentra en parte integrado por el derecho internacional. En otros términos, el derecho internacional, como parte del derecho global o en sí mismo considerado, se ha convertido en un escenario en el que, a través de algunas instancias internacionales de solución de conflictos se ha dado trámite y respuesta a ciertos conflictos de la globalización. De manera muy especulativa se podría sostener que algunos conflictos económicos de la globalización se han enfrentado vía el reajuste y fortalecimiento de instancias propias del derecho internacional como mecanismo de solución de controversias de la OMC, el Ciadi del Banco Mundial y el arbitraje privado internacional. Por su parte, los conflictos de tipo social y político parecen llevarse a otro tipo de instancias menos formalizadas o sujetas al juego político de diverso tipo.

El presente texto pretende, entonces, determinar en líneas generales cómo el derecho internacional ha formado parte de las respuestas que se han venido tomando frente a diverso tipo de conflictos asociados o agudizados a propósito de la globalización.

² En palabras de Harvey, “De igual modo, el Estado nación sigue siendo una de las principales defensas contra el poder puro del mercado. Es también un medio clave para defender las identidades étnicas y culturales y las calidades ambientales frente a la comprensión espaciotemporal y la mercantilización planetaria” (Harvey, 2003).

³ “Esto es lo que Slaughter denomina para efectos políticos como la desagregación del Estado, como opuesto al Estado unitario mítico y que se encuentra representado y gobernado por múltiples instituciones a través de complejas interacciones, entre ellas tanto las que están fuera como dentro del país”. Citado por Saldivia (2010), Burgos (2009).

En dicho sentido, primero pasa revista a lo que se ha entendido en el derecho internacional como conflicto o diferencia internacional y de qué manera este encauza y limita los conflictos de la globalización pueden ser conocidos por las instancias del derecho internacional. En una segunda parte, identifica los diversos mecanismos que el derecho internacional tiene previstos para la solución de conflictos, lo que ofrece un contraste entre los mismos en torno a cuatro interrogantes: ¿quién los conforma?, ¿qué tipo de conflictos conocen?, ¿cómo los afronta o “resuelve”?, ¿qué nivel de eficacia tienen? Para responder a estas preguntas, nos centraremos en los mecanismos de tipo arbitral o judicial que el derecho internacional ha establecido para solucionar los conflictos internacionales. Finalmente, se proponen algunas pistas iniciales sobre cómo el impacto de la globalización ha cambiado la configuración o funcionamiento de algunas de estas instancias propias del derecho internacional⁴.

EL CONCEPTO DE DIFERENCIA INTERNACIONAL Y SU PERTINENCIA FRENTE A LOS CONFLICTOS DE LAS GLOBALIZACIONES

Lo que se entiende por conflicto en el derecho internacional se ha formalizado con el término o expresión de diferencia internacional. Díez Velasco la definió como el conflicto que “surge cuando un sujeto internacional hace valer ante otro una reclamación concreta basada en un incumplimiento de una obligación y la otra parte la rechaza”.

Para desarrollar la anterior definición es necesario resaltar que la diferencia conlleva varios elementos. Por un lado, un desacuerdo en torno de algún aspecto de derecho o de hecho que jurídicamente sea verificable, es decir, que haya sido previsto en alguna de las fuentes del derecho internacional. Por otro, las diferencias internacionales se presentan entre algunos sujetos del Derecho Internacional, aquellos que pueden llevar sus causas a instancias internacionales de resolución de conflictos tales como los Estados, las organizaciones internacionales y los individuos. Es evidente a la luz del derecho internacional, que los derechos y obligaciones alegables por cada uno de los anteriores sujetos varía dado su diverso tipo de plenitud como sujetos en este

⁴ Esta discusión tiene, por tanto, una orientación diferente de otros enfoques cercanos al tema. En particular, se aparta de los análisis que hablan de la necesidad y perfiles de una justicia global. En tal sentido puede verse Cortés Rodas (2007). Por su parte, es diferente de aquellos que hablan de las diversas dimensiones sobre lo que se ha denominado una globalización judicial. Al respecto, ver Baudenbacher (2003).

marco normativo. En otros términos, de los tres sujetos, solo del Estado son predicables el máximo tipo de derechos y obligaciones.

El carácter jurídico de la diferencia que permite una potencial respuesta en lo que respecta a mecanismos de solución de controversias no excluye que en estos planos se vinculen disputas de orden más político. Al respecto debe entenderse que los litigantes más reiterados en la arena de la solución de conflictos internacionales son los Estados, instancias políticas por antonomasia. Por lo demás, un conflicto de orden jurídico puede tener aparejado un origen político interno o una intencionalidad política internacional. Dado lo anterior, los espacios de solución de controversias confieren, hasta cierto punto, respuestas en ambos ámbitos.

Esta forma, según la cual el derecho internacional ha entendido la noción de diferencia, tiene connotaciones para entender cómo se han abordado algunos de los conflictos provenientes del proceso de globalización. El derecho internacional ha permitido canalizar aquellos conflictos de la dinámica de la globalización que han estado asociados al incumplimiento de tratados que previamente se han hecho vinculantes para los Estados y por esta vía, indirectamente, para los individuos. En tal sentido, se entiende que una parte de las diferencias en torno al comercio internacional intensificado y el derecho “internacional” de las inversiones hayan sido vehiculadas institucionalmente mediante mecanismos como el Ciadi o el OSD de la OMC.

Lo anterior significa que una buena parte de los conflictos de la globalización económica y no económica no pueden llegar a estas instancias. Un ejemplo de ello serían los costos en derechos humanos del libre comercio o las garantías a la inversión a escala nacional; los efectos ambientales de las dinámicas anteriores; la desigualdad de origen del actual orden económico internacional. Algunos de estos conflictos tienen dimensiones que pueden ser tramitadas en el derecho del orden nacional (como violaciones a los derechos humanos o laborales por empresas transnacionales). Sin embargo, muchos de ellos no tienen espacios para acceder a mecanismos externos de solución. Una de las vías frente a estos límites ha sido la de introducir los temas en los ámbitos institucionales existentes, lo cual permite entender aquellas luchas que pretenden que la OMC condicione el comercio más libre al cumplimiento de estándares de derechos humanos o de orden ambiental (Pipan, 2006).

Una segunda connotación de la definición del conflicto internacional es la relacionada con los sujetos. Un conflicto, global o internacional, es abordable por el derecho internacional si de él forman parte Estados, organizaciones internacionales y excepcionalmente

individuos y empresas transnacionales. No tienen participación directa ni los pueblos como tal, ni organizaciones de la sociedad civil, ni en sentido amplio las multinacionales. Esto no contradice el hecho de que cada vez se viene fortaleciendo más la figura del *amicus curie*, el cual, como tercero interviniente, puede en algunos casos aportar información útil pero no se considera una parte como tal ni conlleva el desconocimiento del poder de las multinacionales para movilizar a un Estado en el seno del OSD de la OMC o del Ciadi del Banco Mundial.

En suma, la definición de lo que se ha entendido por conflicto o diferencia internacional según el DIP nos pone en un terreno en buena parte de orden jurídico, lo cual implica que las tensiones que canaliza en su seno deben referir a alguna de las fuentes del derecho internacional y por tanto solo permite el acceso a unos sujetos, los reconocidos por este derecho. Por esta vía y teniendo en cuenta que una parte de la globalización económica y otra de la globalización de los derechos humanos se ha dado a través de tratados internacionales, los mecanismos de solución de controversias internacionales han sido una respuesta, lo que en determinados casos ha representado su ajuste, como se verá más adelante (Santos, 2003)⁵. Sin embargo, una importante cantidad de conflictos ligados con la globalización no están encontrando respuesta a través del derecho internacional.

MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS INTERNACIONALES

El derecho internacional ha venido integrando múltiples mecanismos dirigidos a la solución de controversias en diversos ámbitos o áreas. Van desde espacios estrictamente políticos hasta otros de orden más informal, llegando a instituciones con poderes cuasi o judiciales.

El primer mecanismo que debe mencionarse es el referente a las negociaciones diplomáticas. Como su nombre lo indica, remite al entendimiento ante todo de tipo político entre los sujetos que forman parte de una diferencia a la luz del derecho internacional. Si bien tiene una entidad por sí mismo, generalmente su uso se considera como etapa previa asociada a otros mecanismos judiciales o cuasijudiciales. Otro instrumento de una racionalidad más política son los buenos oficios, que consiste en la acción de un tercero, el cual puede ser un Estado o una organización internacional, cuyo papel es buscar un acercamiento

⁵ Un trabajo muy completo sobre el impacto de la globalización en el derecho internacional puede verse en Schiff Berman (2006).

entre las partes sin ofrecer ningún tipo de solución. Obviamente, los alcances de estos dos mecanismos, tanto en su existencia como en la eficacia de su accionar, dependen en última instancia de la voluntad de los Estados o de las organizaciones internacionales.

En un orden menos político aunque de un nivel escasamente formal, encontramos los espacios de mediación y conciliación reconocidos por el derecho internacional. El primero refiere a la acción de un Estado u organización internacional o un grupo de estos que buscan proponer una forma concreta de solución al conflicto, que por lo demás está, obviamente, ausente de un carácter obligatorio. La conciliación tiene el mismo sentido pero se diferencia de la anterior en que la tercera está en manos de una organización sin autoridad política. Según Díez Velasco, en este caso el órgano conciliador determina los puntos de hecho, fija los de derecho y propone una solución en torno a la diferencia.

Ascendiendo en nivel de formalización y antes de llegar a los organismos propiamente judiciales, encontramos los mecanismos arbitrales⁶. Estos se han definido como la solución a un conflicto a través de la intervención de un tercero independiente, unipersonal o colegiado, al cual las partes han investido del poder del resolver el conflicto mediante un procedimiento contradictorio, basado en normas y cuya decisión es vinculante para las partes. En la anterior definición es necesario resaltar, en primer lugar, que la posibilidad de un arbitraje internacional descansa, como en los anteriores casos, en una expresión de voluntad de las partes de un conflicto, sean Estados, organizaciones internacionales y, hoy por hoy, empresas transnacionales. Puede ocurrir en un tratado, en una cláusula compromisoria o en un acuerdo arbitral posterior al surgimiento del conflicto.

En segundo lugar, los miembros de un tribunal de arbitramento actúan como jueces para el caso concreto en cuanto aplican el derecho. Sin embargo, debe anotarse que también son posibles casos de arbitraje en los que medien, ante todo, criterios políticos. En líneas generales, los tribunales arbitrales tienden a ser de tres personas, dos de ellas puestas por las respectivas partes y una tercera determinada de común acuerdo.

Finalmente, y de gran importancia, la decisión de los árbitros es obligatoria para las partes en conflicto. Esto significa que su validez es contundente sin necesidad de aceptación o ratificación de las

⁶ Los mecanismos arbitrales internacionales anteceden en el tiempo a los judiciales, siendo esto representado en el Tratado Jay de 1794 entre la Gran Bretaña y Estados Unidos (Brown, 2002).

partes. Generalmente, las decisiones arbitrales no admiten recursos de apelación o equivalentes. Sin embargo, en los diversos instrumentos internacionales pertinentes se establecen algunos recursos como los de aclaración, reforma o revisión. En la legislación colombiana es admisible la posibilidad de interponer recursos contra laudos arbitrales internacionales a escala nacional.

Ingresando en los ámbitos propiamente judiciales, la resolución de conflictos ha entrado a ser objeto de canalización y tratamiento por cortes de diverso orden. En líneas generales, se caracteriza por ser una instancia permanente creada generalmente a través de tratados, contar con jueces igualmente permanentes y por lo regular independientes, aplicar un derecho previamente establecido, tener jurisdicción obligatoria, garantizar el acceso a Estados o individuos, según el caso, y producir decisiones vinculantes (Diez de Velasco, 2003). Las áreas donde se han creado diversas instancias judiciales internacionales se ubican en los ámbitos de los derechos humanos, los aspectos comerciales, el derecho penal internacional y el derecho del mar (Mackenzie, 2003).

La existencia de distintos tribunales en el ámbito internacional se da de manera descentralizada. Esto significa que cada órgano subsiste paralelamente a los otros y tienen sus propios procedimientos y mecanismos. En tal sentido no existe una estructura piramidal con órganos de cierre como ocurre a escala nacional. Por esta dinámica se han venido generando tensiones entre diversos órganos que pueden terminar conociendo un mismo caso desde diferentes dimensiones o produciendo decisiones contradictorias sobre él (Brown, 2002)⁷.

Con todo, lo que parece claro hoy en el marco de la solución de conflictos internacionales es un paulatino proceso de judicialización parcial o dominante mediante la institucionalización de algún tipo de organismo permanente, bien sea del tipo corte o similares. Esta tendencia a una mayor judicialización, esta vez internacional, parece romper con el patrón histórico antecedente, según el cual las vías judiciales eran secundarias y menores con respecto a los mecanismos más de orden político o arbitral⁸.

⁷ En palabras de Brown, "The first problem is the possibility of divergent jurisprudence between different international courts and tribunals, and a resulting 'fragmentation' of international law. The second problem is the potential for more than one international court or tribunal to be seized of the same dispute, as has already occurred, and the resulting possibility of conflicting decisions" (Brown, 2002).

⁸ La primera institución judicial como tal de tipo internacional fue la Corte Centroamericana de Justicia, creada en 1890, casi un siglo después del primer mecanismo arbitral arriba indicado (Mackenzie, 2003). Por su parte, Posner ha establecido los principales contrastes entre el

UNA CARACTERIZACIÓN TRANSVERSAL DE LOS MECANISMOS

Como se planteó en la introducción, algunas dimensiones de las globalizaciones están siendo conocidas y tramitadas a través de espacios del derecho internacional como los anteriormente identificados. A fin de lograr mayor conocimiento de su alcance a ese nivel, es preciso realizar una caracterización transversal en torno a las siguientes preguntas: ¿quién los conforma?, ¿qué tipo de conflictos conocen?, ¿cómo los afronta o “resuelve”? y ¿qué nivel de eficacia tienen? Para responder a estas preguntas, nos centraremos en los mecanismos de tipo arbitral o judicial.

En lo que tiene que ver con su conformación, esta se puede ver de manera indirecta y directa. En cuanto a lo primero, la existencia y funcionamiento de uno de estos organismos pasa por la expresión de la voluntad del Estado, bien sea a través de un tratado o mediante otras formas de expresión más particulares y específicas. Por lo tanto, podríamos afirmar que estos organismos están conformados por Estados en cuanto son creación de ellos. De manera más directa, los espacios antes identificados están integrados por especialistas, generalmente escogidos por los Estados, para el caso particular o de manera permanente, como ocurre con el Tribunal Internacional de Justicia o la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Como se planteó en la primera parte de este artículo, los conflictos conocidos por estas instancias son los que se asocian al incumplimiento o interpretación disputada de alguna norma. Dentro de estas caben las presentes en un tratado internacional y, en menor medida, las relacionadas con la costumbre internacional como principales fuentes del derecho internacional público. En forma complementaria, también pueden terminar en instancias de arbitramento, especialmente, discusiones jurídicas asociadas a contratos internacionales con participación del Estado nación. Con todo, no es fácil determinar, por ahora de manera general, qué porcentaje o cantidad de conflictos

arbitramento y las soluciones judiciales en los siguientes términos: “Arbitration's main weakness is that the disputing states, whose interests and passions are engaged, need not consent to a panel's jurisdiction; nor need they comply with its judgment, though they frequently do. In contrast, a full-fledged international court has, among other features, (1) compulsory jurisdiction (the court has automatic jurisdiction over certain classes of disputes); (2) a permanent judiciary whose members do not depend on the disputing states for their appointment or salary; and (3) regular procedures and substantive legal rules that are not renegotiated from dispute to dispute.²⁹ In principle, these features should overcome the weaknesses of arbitration, and are widely viewed as improvements”.

llegan a estas instancias de adjudicación del derecho y no terminan por la vía del arreglo diplomático o la conciliación o mediación. Como es conocido, la experiencia con la OMC muestra el gran impacto de las fases precontenciosas en la solución de un conflicto. De hecho, algunos autores defienden que los conflictos de la globalización deberían mantenerse y tramitarse más en estos espacios que en los propiamente judiciales (Steven, 2003).

En líneas generales, la resolución de estos conflictos sigue un procedimiento previo, que puede ser el propio de la instancia de solución de controversias o el escogido por las partes. Este, en general, tiende a ser expedito aunque con elementos de alta complejidad técnica según el tema y relacionados con las pruebas. Con todo, la forma de solución es institucionalizada, sometida al derecho y por tanto contenciosa y de carácter adjudicativo. Si bien no se puede excluir la existencia de presiones externas asociadas al origen de los jueces y sus propias orientaciones ideológicas o de origen nacional o cultural, se tiene a primera vista la sensación de que estos mecanismos no están influenciados de manera explícita por la dinámica política.

Finalmente, las decisiones tomadas por estas instancias son jurídicamente de obligatorio cumplimiento para las partes, en virtud del principio de buena fe vigente en el derecho internacional público. Dicha obligatoriedad en algunos casos puede precisar la incorporación nacional de la decisión externa, generalmente vía el *exequátur*; en otros, excepcionales, puede estar sujeta a sanciones de algún tipo o conllevar su obligatoriedad automática interna, como sería el caso del Ciadi.

Con todo, tradicionalmente la ausencia de mecanismos centrales de coerción ha caracterizado al derecho internacional. En tal sentido, salvo contados casos, el cumplimiento de las decisiones de órganos de solución de controversias internacionales está sujeto a la voluntad de los Estados, los cuales tienen una importante capacidad de negociación y juego para establecer formas y tiempos de cumplimiento de lo decidido:

international dispute resolution tribunals are substantially less effective than most domestic courts. The problem is relatively straightforward. International tribunals lack a direct coercion mechanism to compel either appearance or compliance. They must rely instead on such factors as the immediate perceived interests of states involved in particular disputes in securing judicial settlements, their own legitimacy and the legitimacy of any particular judgment reached, the strength and importance of the international legal rules governing a specific dispute, and the general force of normative obligation (Helfer, 1997).

En suma, el derecho internacional público cuenta con un conjunto de mecanismos de solución de controversias que van desde aquellos de carácter más político, hasta los de orden propiamente judicial, pasando por un rango variado de opciones cuasiformales como la mediación, la conciliación y el arbitramento. Su funcionamiento ha descansado en buena parte en la voluntad de los Estados que los crean, los admiten y finalmente aceptan sus decisiones como obligantes, muy a pesar de las dificultades de coerción que tiene el derecho internacional público. Con todo, el contexto de la globalización y sus conflictos parece estar ajustando el anterior esquema, aspecto que abordaremos de manera general en la última parte del presente escrito.

TRANSFORMACIONES DE LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL MARCO DE LAS GLOBALIZACIONES

Los estudiosos de la globalización y sus dimensiones han reconocido en múltiples formas que esta no ocurre en un vacío institucional ni es meramente el producto de las transformaciones tecnológicas que, a su vez, se acompañan del surgimiento de nuevas instituciones tales como la *lex mercatoria* (Teubner, 2010). En realidad, las globalizaciones operan a través de las instituciones existentes, las cuales adoptan a costa de transformarlas parcialmente.

Como bien lo plantea Santos (2003), "Muchas de las instituciones centrales del sistema mundial moderno, aunque permanezcan en el sistema mundial en transición, desempeñan hoy funciones diferentes sin que su centralidad se vea afectada". Por su parte, Saldivia (2010) plantea cómo

debe diferenciarse la globalización de otros procesos que se encuentran espacialmente más delimitados como son la localización, la nacionalización y [...] la internacionalización. Esto no implica que la globalización se oponga a estos procesos más focalizados [...] sino que por el contrario se relaciona con ellos de manera compleja y dinámica.

Sin duda, el caso más estudiado a este respecto es del mismísimo Estado nación. Autores como Sassen, Santos, Harvey, Jessop, Held, etc., coinciden en que la globalización es posible en buena parte por la acción del Estado. En dicha actuación, sin embargo, se ve transformado y debilitado pues entrega parte de su soberanía, achica su accionar económico y social, fortalece ámbitos antes descuidados, etc. Uno de los aspectos más analizados tiene que ver con el proceso de desnacionalización de instancias o ámbitos del Estado. Sassen ha logrado mostrar de manera coherente cómo aspectos de la

regulación del sistema financiero a cargo de los bancos centrales se han desnacionalizado e incorporado a una red transnacional enmarcada en el accionar del comité de Basilea. Caso similar está ocurriendo con las llamadas ciudades globales.

Partiendo de este marco, parece pertinente y útil analizar el impacto de la globalización en el derecho internacional y en particular cómo lo está transformando, sobre todo en el nivel de los mecanismos de solución de controversias. Siguiendo a Schiff, los referentes tradicionales del derecho internacional se han quedado cortos para entender la complejidad de un mundo de interacciones globales como el actual: "Over the course of the Twentieth Century, international law lost its privileged place as the primary conceptual framework for understanding the cross-border development of norms" (Schiff, 2005).

En concreto, el derecho internacional moderno, heredado de la segunda guerra mundial, se fundaba en dos principios institucionales: 1) Se consideraba derecho aquello producido por los órganos nacionales autorizados para ello; 2) El derecho internacional giraba en función de la soberanía del Estado nación.

Los procesos de globalización han cuestionado el anterior esquema de varias maneras. Por un lado, el derecho que regula una parte de las interacciones por fuera del Estado nación ya no es solo el expresado en tratados o costumbres internacionales. Es el producto de foros no gubernamentales de diverso tipo tales como el Comité de Basilea o el accionar de la Cámara de Comercio Internacional (Teubner, 2010; Schiff, 2005). Con estos desarrollos parece romperse la separación clásica entre el derecho internacional público y el privado. Y por último, la idea de soberanía nacional como referente de medida de la participación de un Estado en el derecho internacional es profundamente cuestionada. En efecto, hoy contamos con verdaderas estructuras propiamente supranacionales, es decir, instituciones que producen o aplican el derecho por encima de los Estados nación, aunque mediando previamente su voluntad para que ello ocurra. Los máximos ejemplos serían la Comisión Europea, el parlamento europeo e instancias de la Organización Mundial del Comercio:

It is not surprising then that, over the past fifteen years, many international law theorists have shifted their attention to the variety of ways in which the prerogatives of nation-state sovereignty may be affected (and limited) by norms articulated, disseminated and enforced transnationally or internationally (Schiff, 2005).

Una de las áreas en que lo anterior ha ocurrido con mayor claridad es la de los derechos humanos. Como bien lo plantea Held, en el siglo XX ha habido un proceso de generación de un régimen

internacional liberal de soberanía. Esto significa que la soberanía aparece limitada por un conjunto de aspectos que se consideran sustanciales y respecto de los cuales el Estado soberano debe obediencia y respeto. Algunos ejemplos serían las primeras normas relacionadas con el derecho internacional humanitario, que limitaron la acción de los Estados en materia de los medios y usos reconocibles como legítimos de la guerra internacional. Otro caso sería la enunciación de tratados de derechos humanos que establecen obligaciones de respeto y garantía a los Estados, tales como los pactos de la ONU, los tratados americanos y europeo sobre derechos humanos, etc. Estos, a su vez, han traído aparejados la creación de mecanismos de monitoreo y juzgamiento a los Estados por las violaciones a obligaciones internacionales (Held, 2005).

En el anterior contexto, sin embargo, deben resaltarse dos matices. Estas limitaciones a la soberanía de los Estados han sido planteadas y aceptadas por ellos mismos en el marco de la negociación y aplicación de tratados internacionales. Por otra parte, algunos Estados, en ciertos casos los más poderosos, no han suscrito ni ratificado los avances más importantes en materia de derechos humanos. Buena parte de ellos siguen considerando que este tipo de normatividades son una limitación a su soberanía (Held, 2005)⁹.

Como parte de los desafíos que afectan y transforman el derecho internacional, la justicia internacional igualmente afronta ajustes. La primera transformación tiene que ver con los poderes que se les vienen otorgando a algunas instancias de solución de controversias. En concreto, algunas están asumiendo poderes por encima del Estado que limitan o cuestionan claramente su soberanía. Parece que estamos transitando de un ámbito internacional a otro de tipo supranacional.

En efecto, la solución de diferencias bajo el derecho internacional tenía unas características claras. Según Slaughter, se reconocía a los Estados la capacidad de ser los únicos litigantes, de consentir o no el uso del mecanismo y de vetar hasta cierto punto el alcance de una decisión. La Corte Internacional de Justicia sería el prototipo de este esquema. Frente al mismo se levantaría la justicia supranacional o transnacional, que se caracterizaría por determinar su propia jurisdicción, permitir el

⁹ “These need emphasizing before any unwarranted complacency slips into the analysis. In the first instance, any assessment of the cumulative impact of the legal and political changes must, of course, acknowledge their highly differentiated character since they are not experienced uniformly by all states and regions. From the UK to Saudi Arabia, and from the USA to China, the extent, nature and form of enmeshment of states in global legal and political structures clearly varies” (Held, 2005).

acceso de individuos privados, mayor independencia de los tribunales y numerosas facilidades para la incorporación nacional de las decisiones internacionales (Helfer, 1997). El Ciadi del Banco Mundial se acercaría más a este modelo.

En otros términos, las limitaciones a la soberanía provenientes del derecho internacional se han expresado, para citar algunos, en instancias internacionales con poderes para aplicar ese derecho a los distintos casos, convirtiéndose en verdaderos poderes supranacionales, es decir, con capacidad de dar órdenes a los Estados. Este cuadro, no obstante, debe mirarse matizadamente. Mientras el OSD de la OMC puede definir un caso relacionado con el incumplimiento de alguno de los acuerdos abarcados y cuenta con fórmulas para en última instancia obligar a su cumplimiento, no ocurre lo mismo con las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que toma decisiones que no siempre son obedecidas por los Estados.

La tesis de la transformación de la justicia internacional en claves supranacionales ligadas a la globalización podría cuestionarse sosteniendo que, al menos en cuanto a los derechos humanos, su existencia antecedió al surgimiento de los procesos recientes de globalización neoliberal, particularmente para el caso latinoamericano. Siendo esto cierto, no invalida, a nuestro juicio, la tesis. Lo nuevo en el escenario de la globalización, y por ende la segunda transformación del derecho internacional, es que hoy los clásicos espacios internacionales de derechos humanos son un referente de la sociedad civil para la lucha por los derechos humanos y adicionalmente su existencia se ha venido fortaleciendo en la medida en que se ha facilitado de alguna manera su acceso y su accionar a través de reformas al procedimiento. En otros términos, presenciamos una intensificación del uso de estos mecanismos (particularmente los de derechos humanos) que ha conllevado su ajuste y su fortalecimiento, aunque, como se mencionó antes, existen limitaciones aún provenientes de la soberanía del Estado nación.

En suma, los procesos de globalización han transformado el derecho internacional de varias formas. En lo que hace a los mecanismos de solución de controversias o justicia internacional objeto de este trabajo, el cambio ha consistido en un crecimiento de las instancias como tal, en un empoderamiento progresivo que les permite tomar decisiones aun en contra de la voluntad e intereses del Estado y en una intensificación del uso social del mismo en cuanto referente hoy casi obligado en los imaginarios de la cultura jurídica de los diversos países.

CONCLUSIONES

Los procesos de globalización, más en unas dimensiones que en otras, han afectado el derecho internacional público. Por un lado, una parte de los conflictos generados se vienen conociendo y afrontando por instituciones del derecho internacional. Es así como los conflictos en torno al comercio internacional o las inversiones internacionales se están asumiendo parcialmente a través de instancias como el Ciadi y el OSD de la OMC. Por otro, los conflictos en cuanto a los derechos humanos, como referente actual universal de limitación de los Estados y particularmente del accionar para su defensa por parte de los individuos, vienen siendo conocidos desde los ámbitos políticos de la ONU hasta las distintas cortes de derechos humanos.

El tránsito de estos conflictos en instancias como las mencionadas está, sin embargo, limitado. A los mecanismos de solución de controversias generados por el derecho internacional y descritos anteriormente solo pueden entrar aquellos conflictos que el mismo derecho internacional reconoce como tales y en igual sentido solo pueden acceder aquellos sujetos reconocidos por el mismo. En concreto, los Estados, las organizaciones internacionales y en menor medida los individuos o las empresas. Esto significa que otro tipo de conflictos tales como el impacto de la globalización económica en los derechos humanos, el medio ambiente o el desarrollo no cuentan con cauces formales para la solución de conflictos, y se quedan en el ámbito ante todo político o social internacional. En tal sentido, las organizaciones sociales, los pueblos y otro tipo de sujetos tampoco tienen acceso a solucionar judicial o cuasi judicialmente estos temas por fuera de sus fronteras.

Todo lo anterior impacta, a la vez, en la configuración misma de la justicia internacional. Siguiendo lo planteado por Sassen y Santos sobre cómo la globalización ajusta y recodifica la institucionalidad existente, aquella ha afrontado tres ajustes: primero, ha crecido numéricamente, mostrando la necesidad de generar espacios para permitir el cumplimiento de lo establecido jurídicamente a escala internacional; segundo, las instancias de solución de controversias han adquirido en algunos casos poderes supranacionales que limitan la soberanía de los Estados, y tercero, la globalización ha intensificado en el uso de estos mecanismos.

REFERENCIAS

- BAUDENBACHER, C. (2003). Judicial Globalization: New Development or Old Wine in New Bottles. *Tex. Int'l L.J.*, 38: 505.
- BROWN, C. (2002). The proliferation of international courts and tribunals: finding your way through the maze. Review Essay. *Melbourne Journal of International Law*, 3: 453.
- BURGOS, G. (2009). *Estado de derecho y globalización*. Bogotá: UN-Ilsa.
- CORTÉS, F. (2007). *Justicia global, derechos humanos y responsabilidad*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- DIEZ DE VELASCO, M. (2003). *Instituciones de derecho internacional público*. Madrid: Tecnos.
- DOMINGO, R. (2006). *Hacia un derecho global*. Madrid: Thomson Aranzadi.
- HARVEY, D. (2003). *Espacios de esperanza*. Madrid: Akal.
- HELD, D. (2005). Globalization, International Law and Human Rights. Lecture presented at Human Rights Center, University of Connecticut. En http://www.lse.ac.uk/Depts/global/Publications/PublicLectures/PL_GlobalizationInternationalLawandHumanRights.pdf.
- HELPER, L. y SLAUGHTER, A.-M. (1997, noviembre). Toward a Theory of Effective Source. *The Yale Law Journal*, 107 (2): 273-391.
- MACKENZIE, R. y SANDS, P. (2003). International Courts and Tribunals and the Independence of the International Judge. *Harvard International Law Journal*, 44 (1): 271-285.
- PIPAN, A. (2006). Los derechos humanos y la OMC. Escuela de Posgrado Ciudad Argentina. Buenos Aires, Madrid: Cuadernos de Época.
- POSNER, E. A. y YOO, J. C. (2005, enero). Judicial Independence in International Tribunals. *California Law Review*, 93 (1): 1-74.
- SALDIVIA, L. (comp.)(2010). *Estado, soberanía y globalización*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Nuevo Pensamiento Jurídico, Universidad de los Andes.
- SANTOS DE SOUSA, B.(2003). *La caída del Angelus Novus: ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*. Bogotá: ILSA.
- SASSEN, S. (2010). Desnacionalización de las políticas estatales y privatización de la producción de normas. En L. Saldivia. *Estado, soberanía y globalización*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Nuevo Pensamiento Jurídico, Universidad de los Andes.
- SCHIFF, B. (2005). From International Law to Law and Globalization. University of Connecticut School of Law Articles and Working Papers, Paper 23. En http://lsr.nellco.org/uconn_wps/23.

- STEVEN, R. (2003). The International Criminal Court and the Limits of Global Judicialization. *Tex. Int'l L.J.*, 38 (3): 445.
- TEUBNER, G. (2010). Regímenes globales privados: derecho neoespontáneo y constitución dual de sectores autónomos. En L.Saldivia. *Estado, soberanía y globalización*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Nuevo Pensamiento Jurídico, Universidad de los Andes.
- TIBA, K. (2006). What Caused the Multiplicity of International Courts and Tribunals? *Gonz. J. Int'l L.*, 10: 202.

Los Tratados Bilaterales de Inversiones*

HÉCTOR-LEÓN MONCAYO**

Recibido: 1 de abril de 2011 - Aprobado: 15 de mayo de 2011



RESUMEN

En el presente artículo se desarrolla el tema de los llamados tratados bilaterales de inversión (TBI). El origen de este instrumento de derecho internacional se remonta a 1959 y aunque fue utilizado en los años posteriores con relativo éxito, solo conoció un sorprendente auge en la década de los noventa, periodo durante el cual se suscribieron más de 1600, principalmente entre países desarrollados y en vías de desarrollo. Su propósito era, en esencia, garantizar el libre flujo de capitales por todo el mundo y proteger los derechos de los inversionistas frente a los posibles abusos de los Estados. Sin lugar a dudas, el mayor logro conseguido en estos tratados bilaterales ha sido la imposición de mecanismos de solución de controversias basados en la práctica de tribunales o centros de arbitraje de carácter internacional.

No obstante, el análisis de dichos tratados solo puede hacerse en un contexto histórico. Desde los acuerdos surgidos de la segunda guerra mundial hasta hoy se pueden ubicar dos grandes etapas. En la primera, los Estados –y esto es fundamental en la periferia– defienden su legitimidad y su capacidad para controlar las inversiones extranjeras con el fin de maximizar sus posibles beneficios económicos. En la segunda, que viene desde la colosal crisis de la deuda de los años ochenta, se registra un movimiento de opuesto sentido. Las fuerzas del capital logran imponer finalmente un andamiaje jurídico en el cual sus supuestos derechos deben ser protegidos de las amenazas del Estado.

* Una versión más amplia de este texto fue publicada por la Red Colombiana de Lucha contra el Alca, Recalca.

** Economista, profesor universitario, investigador e integrante de la Junta Internacional de ILSA. E-mail: hector@ilsa.org.co

La confrontación entre las dos etapas permite profundizar en los contenidos de una gran disputa que no solo es jurídica. Para terminar, este artículo sugiere que nos encontramos nuevamente en un periodo de cambio.

Palabras claves: Tratados Bilaterales de Inversión, Inversión extranjera, Mecanismos de solución de controversias, derechos del capital.



ABSTRACT

This paper develops the issue of so-called bilateral investment treaties (BITs). The origin of this instrument of international law dates back to 1959 and although it was used in later years with some success, only experienced a surprising rise in the nineties, during which more than 1600 were signed, mainly between developed and developing. Its purpose was, in essence, ensure the free flow of capital around the world and protect the rights of investors against possible abuses of States. Undoubtedly, the greatest achievement made in these bilateral treaties has been the imposition of dispute settlement mechanisms based on the practice of courts or centers of international arbitration.

However, such analysis can be treated only in a historical context. Since the agreements that emerged from World War II until today can locate two main stages. In the first, the States-and this is critical in the periphery defend its legitimacy and its ability to control foreign investment in order to maximize its potential economic benefits. In the second, which comes from the huge debt crisis of the eighties, there was an opposite movement direction. Capital forces finally manage to impose legal structure in which its alleged rights must be protected from the threats of the state.

The confrontation between the two stages can deepen the contents of a major dispute that is not only legal. Finally, this article suggests that we are again in a period of change.

Keywords: Bilateral Investment Treaties, foreign investment, dispute settlement mechanisms, rights of capital.

PRESENTACIÓN

No cabe duda de que un rasgo primordial de los actuales tratados de libre comercio es la inclusión de un capítulo destinado a la protección de las inversiones extranjeras, o más exactamente transfronterizas. Sin embargo, existen otros tratados, de naturaleza bilateral, que persiguen el mismo objetivo y no han merecido igual atención por parte de las organizaciones sociales. Son los llamados

tratados bilaterales de inversión (TBI) o, en su denominación más amplia, acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI).

Generalmente, se suscriben entre uno de los llamados países desarrollados y otro en vías de desarrollo. Han sido un logro de las empresas multinacionales, sus verdaderas artífices. Suponen uno de los grandes mitos de nuestro tiempo: que la inversión extranjera es indispensable para el desarrollo y debe ser atraída y protegida para obtener sus beneficios. El objetivo de este trabajo es describir su naturaleza en un marco histórico que facilite su comprensión.

El contexto presentado aquí es, además, la base de la interpretación. Se sostiene que forman parte de un proceso histórico en el cual las fuerzas del capital imponen un andamiaje jurídico en el que sus supuestos derechos deben ser protegidos de las amenazas del Estado. El discurso es, por supuesto, el del neoliberalismo. Por eso mismo se decidió empezar por describir una etapa anterior en la cual la argumentación era exactamente opuesta. Hoy en día, al parecer, es necesario recordarla. En este capítulo, además, se sientan las bases conceptuales para el desarrollo siguiente: la gran transformación ocurrida a partir de los años ochenta. Se aplica a la historia de los TBI en el mundo, de donde se desprenden los elementos fundamentales de las aspiraciones del capital, expresados también en otros instrumentos como los TLC. Establecida la interpretación, se vislumbra la naturaleza de la encrucijada actual. La hipótesis central sostiene que estamos nuevamente en un periodo de cambio, y el objetivo final es resaltar el contenido promisorio de la resistencia actual.

LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN DISCUSIÓN

Hubo un tiempo en el que, para cualquier país, el ingreso de capital extranjero era nada más una opción, ciertamente riesgosa, que debía ser considerada cuidadosamente, tanto en su naturaleza como en su oportunidad. La decisión de admitirla dependía de un riguroso análisis de costo-beneficio no solo económico sino político y social. Con frecuencia, era indispensable poner una serie de condiciones para garantizar el efecto positivo. Esto era válido sobre todo en los llamados países en vías de desarrollo, cuya evidente vulnerabilidad hacía –y hace– que el riesgo de efectos negativos fuera mayor. En otras palabras, la bondad de la inversión extranjera era lo que debía demostrarse y justificarse. En general, se reconocía sin mayor discusión que el movimiento internacional de los capitales debía ser regulado. Estamos

hablando del periodo que va desde finales de la segunda guerra mundial hasta promediar la década de los setenta.

EL ARGUMENTO CENTRAL

Cuando se habla de inversión extranjera suelen incluirse dos formas de ingreso de capital: las opciones de crédito y la creación, ampliación o compra de empresas, orientada a la producción de bienes o servicios, también conocida como inversión extranjera directa. En esta segunda modalidad, el capital inicialmente fluido, como valor, asume una forma tangible que, si resulta más interesante, es porque, gracias al proceso productivo incrementa el valor inicial. De ahí la tradicional discusión entre las ventajas relativas de estas dos modalidades que termina por privilegiar la inversión directa. Desde luego, también puede considerarse inversión la simple adquisición de activos, que pueden ser financieros, por parte de residentes en otro país, en operaciones de largo y corto plazo (comúnmente conocidas como “de portafolio”), e incluso las compras de tierras e inmuebles en un país por parte de personas naturales y jurídicas extranjeras. Todo esto forma parte del movimiento internacional de capitales; sin embargo, en las discusiones de la etapa que estamos considerando, precisamente por el énfasis en la producción y por tanto en el “desarrollo”, nunca se incluyeron en la noción de inversión. Esa fue una característica del periodo posterior, como se verá después.

En todo caso, desde este punto de vista lo primero que nos interesa es el hecho de que se trata de un ingreso de capital en su forma monetaria, el cual aspira, como es lógico, a obtener, de ese mismo modo, una remuneración, sean intereses, dividendos, ganancias, regalías u otras que, en principio, querría retornar a su lugar de origen. Por eso no basta el simple criterio de que complementa el ahorro interno – financiación externa– y dado que supone unos costos, la prueba inicial para saber su conveniencia es doble. Por un lado, su impacto en el ingreso nacional, y por otro, su efecto sobre la balanza de pagos.

Es claro que, aun en el caso del crédito externo, se presume que contribuirá a un aumento del producto que de otra manera no se hubiera obtenido, pero el efecto neto sobre el ingreso nacional no es obviamente positivo¹. Como bien lo señala E. Hagen, en un antiguo pero todavía clásico texto de teoría del desarrollo,

¹ El caso de la inversión de portafolio, que en realidad solo vino a adquirir importancia hacia los noventa, plantea otros problemas específicos que se analizarán después.

Si, además de las ganancias y los intereses que retira del país, esta inversión conlleva un aumento neto de los ingresos de los trabajadores nacionales así como del valor agregado de los proveedores nacionales, empresas clientes y otras empresas involucradas en sus operaciones, su contribución económica es positiva (Hagen, 1982).

La insistencia en que se trata del aumento neto de los ingresos supone, desde luego, que los trabajadores han sido retirados de otros puestos de trabajo, en donde los salarios podían ser menores o mayores. Desde luego, puede ser también absorción de desempleo, es decir, creación de nuevos ingresos. Entonces, la comparación tendría que hacerse con otras opciones nacionales. De todas maneras habría que considerar, como lo advierte el mismo autor, el efecto global –social y económico– de la nueva asignación de los recursos nacionales y de la redistribución del ingreso derivado, por ejemplo, de la destrucción de otras formas (tradicionales) de producción².

El segundo criterio –estrechamente ligado con el anterior– tiene que ver con el efecto sobre la balanza de pagos, ya que estamos hablando de capital monetario. Como es bien sabido, especialmente en el caso de los países dependientes, la cuestión del crecimiento o del agotamiento del fondo de divisas era fundamental para sus posibilidades de desarrollo. Pues bien, como lo demuestra la información empírica, generalmente las salidas, por cuenta de la “remuneración”, terminan superando las entradas de capital. Confiar en que el capital extranjero prefiere “reinvertir en el país” es bastante ingenuo. La única forma en que el efecto no es negativo es la expresada por Hagen (1982):

Si las operaciones de una firma extranjera incrementan las exportaciones del país o hacen disminuir las importaciones en una cantidad superior al monto de las salidas por dividendos e intereses, entonces mejoran la balanza de pagos, así los flujos de dividendos e intereses aparezcan en las cuentas como un débito importante y, en cambio, los efectos sobre las exportaciones e importaciones resulten poco identificables.

El argumento, en todo caso, admite controversia, ya que, por lo general, en los países en vías de desarrollo las nuevas empresas implican nuevas importaciones y no es siempre positivo el efecto neto³.

² En 1960 G. D. A. Mac Dougall publicó un celebrado artículo –“Costos y beneficios de la inversión privada extranjera: un enfoque teórico”– en el cual adelantaba este ejercicio tomando como ejemplo el caso de Australia y ponía en evidencia la extrema complejidad que significaba determinar un efecto neto global. Reproducido en Caves, R. y Johnson H. (1972).

³ El caso extremo es el de las “maquilas”, ciertamente orientadas a la exportación pero basadas justamente en importaciones de bienes intermedios o productos semimanufacturados.

Sobre todo cuando la empresa en cuestión ni exporta ni sustituye importaciones y habría que invocar sus externalidades, es decir, el efecto sobre la productividad de la economía nacional en su conjunto que, teóricamente, estaría permitiendo más exportaciones o menos importaciones. Sobra anotar que este impacto sobre la balanza de pagos prácticamente imposibilita un manejo autónomo y racional de la tasa de cambio, con efectos indeseados de devaluación o revaluación que impiden utilizar este instrumento ya sea para la promoción de las exportaciones o la protección de la producción nacional. Son evidentes, además, las restricciones que impone al manejo de la política monetaria.

UNA POLÍTICA REALISTA

Con base en lo anterior se comprende fácilmente por qué los Estados nacionales tradicionalmente han procedido a seleccionar las inversiones extranjeras según el sector al que se dirigen y a negociar las condiciones de su ingreso o establecimiento. Esto es obvio en el caso de los créditos externos, en los que presumiblemente el país que los contrata es quien define su destinación y acepta las obligaciones que le parecen convenientes. En relación con la inversión extranjera directa, supone una política y una normatividad, ya que la decisión, en principio, corresponde al inversionista. Muchos textos, por cierto, las toman como formas alternativas y llaman a discernir los costos y beneficios relativos de una y otra. La primera permite conservar el poder de decisión a costa de contraer obligaciones financieras que pueden ser onerosas. La segunda, en cambio, cede la iniciativa sobre la destinación pero permite eludir el riesgo del incremento de la deuda pública externa, que en ciertas épocas ha llegado a ser el principal problema económico y político. Algunos llegaron a sugerir que, en términos de la llamada cooperación internacional para el desarrollo, en lugar del otorgamiento de créditos era preferible la inversión directa.

Esta segunda opción, sin embargo, obliga a plantearse criterios adicionales ya que, aparte de la destinación, no es poca cosa aceptar que se cede al extranjero la propiedad o el control de ciertas actividades productivas. De hecho, es universalmente admitido que la inversión no se permite en aquellos sectores donde se pone en riesgo la seguridad nacional, sobre todo porque, al hablar de inversionistas extranjeros, no se trata simplemente de "residentes" en otro país sino de poderosas empresas, especialmente aquellas conocidas como multinacionales o transnacionales. De hecho, la gran expansión de la inversión extranjera directa que arranca en los años cincuenta es primordialmente atribuible a ellas. Es cierto que en la contabilidad este rubro incluye inversiones de personas naturales y empresas de corto alcance pero sus montos

son comparativamente pequeños. Además, la cifra tiende a subestimar la importancia de estas grandes empresas pues su poder no depende del monto invertido, en sí mismo, sino de la cantidad de recursos ajenos que está en capacidad de controlar.

Para la época que estamos comentando, la preocupación –y la investigación– sobre este tipo de empresas se hizo cada vez más profunda⁴. Las cifras no dejaban lugar a dudas. Mientras en 1914 la inversión extranjera directa representaba menos del 10% de las salidas de capital privado de los países industriales, en 1970 ya había alcanzado el 75%. Por otra parte, era verdad que la existencia de poderosas compañías que invertían en el exterior, especialmente en la explotación de recursos naturales, era conocida desde el siglo XIX, pero la novedad consistía en la incursión cada vez mayor en el ámbito manufacturero, con formas de integración internacional, vertical u horizontal, que alteraban o rompían las modalidades clásicas del comercio internacional. Es decir, lo que desde entonces se denominó “comercio intrafirma” (cuando no son simples transferencias) que no se rige por las reglas del mercado.

Una definición elemental es la que intenta Dunning: la empresa productora multinacional (EPM) es aquella “que tiene la propiedad o el control de instalaciones productivas (fábricas, minas, refinerías de petróleo, cadenas de distribución, oficinas, etc.) en más de un país” (Dunning, 1976). Para este autor no es forzoso que sus propietarios (acciones) sean de varias nacionalidades, y las diferencia de las corporaciones financieras, también multinacionales. Hoy sabemos, sin embargo, que no tienen mucho sentido estas diferenciaciones. En todo caso, el aspecto fundamental consiste en que estas empresas, pasando por encima de los Estados nacionales, cuentan con una estrategia común –mundial– de administración y operaciones⁵.

En este sentido dejó de considerarse la “inversión extranjera directa” en su acepción macroeconómica y contable, para asumir la realidad de una relación concreta con poderosos actores transnacionales. El tratamiento, desde los gobiernos, tenía que partir de la innegable existencia de conflictos de intereses. Es obvio que cualquier empresa

⁴ Para no mencionar la literatura marxista o de la corriente de la Cepal, puede recordarse el exitoso libro de R. Vernon (1971), *Sovereignty at Bay. The Multinational Spread of U.S. Enterprises*, New York, Basic Books.

⁵ Ha pasado mucho tiempo. Sin embargo, la cuestión de las empresas multinacionales conserva su vigencia. Las posteriores investigaciones, con el telón de fondo de la llamada “globalización”, no han hecho más que confirmar el diagnóstico. Y se ahonda la preocupación, desde el punto de vista del derecho internacional. Ver, por ejemplo, Teitelbaum (2007).

privada tiene intereses particulares, generalmente de corto plazo, que suelen no coincidir con el interés público. Sin embargo, en este caso es preciso añadir consideraciones de orden nacional. Si en la empresa nacional es factible que, dado su acceso a la configuración del poder, finalmente se consienta un propósito común, en la multinacional hay que suponer un desconocimiento absoluto hasta de la necesidad de dicho propósito nacional. Su conducta depende de la estrategia mundial definida en la casa matriz.

Conviene insistir aquí en un aspecto de la mayor importancia. Estamos hablando de enormes empresas cuyo poder económico llega a ser, por sí mismo, superior al de muchos de los países “en desarrollo” tomados aisladamente. La desproporción, la asimetría, es ostensible. Incluso en un sentido político. Aunque hoy en día la investigación empírica ha llegado a poner en duda hasta su lealtad respecto del país de donde es originaria, la verdad es que su Estado no deja de protegerla cuando hay necesidad. La desconfianza de ninguna manera es rasgo de paranoia: toda una historia de colonialismo confirma la sospecha. No pocas veces las anexiones fueron justificadas por las potencias imperialistas sobre la base de la “protección de sus nacionales” en territorio extranjero. Hasta hace poco se hablaba también de la “diplomacia de los cañones”⁶. La anotación es, además, del todo pertinente en este ensayo. Como se verá más adelante, buena parte de la sustentación jurídica de los “acuerdos de protección de inversiones” tiene que ver con este asunto.

Hacia mediados de la década del setenta un notable jurista mexicano lo declaraba sin ambages:

Los Estados huésped temen justificadamente que sectores esenciales de su economía queden bajo la propiedad y control de extranjeros en un grado que pueda afectar su soberanía misma, esto es, su vida política, social y cultural. El recelo frente a la inversión extranjera se ha acentuado en las últimas fechas por el temor de que sus recursos naturales puedan ser agotados por una explotación irracional y excesiva (Castañeda, 1976).

EL CONTENIDO GENERAL DE LA REGLAMENTACIÓN

Ahora bien, dejando de lado el riesgo que representa por sí misma la presencia de una gran empresa multinacional, lo cierto es que la preocupación acerca del conflicto de intereses se expresó incluso

⁶ Por cierto, este fue, en el siglo XIX, el origen de la llamada doctrina Calvo, de gran importancia en el derecho internacional, a la cual se hará referencia más adelante.

en los países del centro del capitalismo⁷, y adquirió especial notoriedad en los recién descolonizados de África y Asia y en los dependientes de América Latina, en la medida en que la decisión de admitir la inversión extranjera se ve en estos, necesariamente, en relación con el proyecto (y la promesa) del desarrollo nacional. En ese punto podría decirse que complementa la discusión acerca de las posibilidades y modalidades de construcción de un mercado nacional que remite, generalmente, a la protección de la “industria naciente”, aunque puede verse también en relación con la inversión extranjera. En efecto, la industrialización por la vía de la sustitución de importaciones puede entorpecerse por una inversión extranjera que, gracias a su capacidad de monopolización, impida el desarrollo de las empresas nacionales en los sectores en que estas son factibles. De hecho, sucede con frecuencia que la inversión consiste simplemente en la compra de compañías existentes, comúnmente las más rentables y promisorias. Es, por tanto, bastante comprensible que en el periodo que estamos considerando la discusión haya estado orientada más bien a las modalidades de la reglamentación que a la necesidad de justificarla.

La naturaleza del conflicto puede, en principio, formularse en términos muy simples: el país receptor procura maximizar el componente del ingreso generado que permanece dentro de él, mientras que la empresa extranjera intenta maximizar el componente que va a parar al país inversionista. Hay quienes argumentan que la decisión inicial depende más bien de la existencia de otras opciones diferentes a la inversión extranjera (inversión nacional, importación del producto, compra de tecnología, etc.), en cuya ausencia sería inevitable asumir los costos. Sin embargo, esto supondría que la propuesta es de por sí deseable, lo cual, en todo caso, tendría que examinarse, como se dijo, a partir de la estrategia de desarrollo adoptada. Es decir, si llena el vacío de una actividad productiva fundamental y conlleva efectos multiplicadores apreciables.

Todo ello conduce a un enfoque de conveniencia que ha llegado a ser, con el tiempo, mucho más relevante⁸. No obstante, el conflicto

⁷ Estos países cuentan con diversas formas de regulación, comenzando por las de orden cambiario. En ciertos casos, además, han recurrido a las normas antimonopólicas existentes en estos países. El eminente jurista chileno Francisco Orrego, en un artículo que fue de obligatoria consulta en su época, citaba varios casos de Canadá, Francia y Japón, y también de los Estados Unidos. En este último, incluso, dándoles a estas normas una aplicación extraterritorial –es decir sobre la operación de sus multinacionales en otros países–, lo cual ha sido objeto de enconados debates. Esta anotación es de crucial importancia sobre todo para nuestros neoliberales, que creen que la regulación es un exabrupto (Orrego, 1973).

⁸ Aparte de las reglamentaciones y la utilización de varios instrumentos de intervención, una opción ha sido promover la participación de capital nacional en la conformación de las sociedades

de intereses permanece. En términos generales, los gobiernos tienen que adoptar una actitud de negociación, con el criterio de que son las condiciones pactadas las que pueden garantizar que los posibles efectos benéficos de la inversión extranjera se vuelvan realidad. Sin olvidar que no estamos hablando de libre o perfecta competencia; la empresa multinacional es generalmente parte de un oligopolio a escala mundial y en el país receptor lo más probable es que detente una posición monopólica⁹. Algunos de los aspectos que suelen tenerse en cuenta son los siguientes:

- a) En primer lugar, obviamente, hay que considerar la naturaleza y el contenido de la inversión. ¿A qué sector se destina? Normalmente se excluyen algunos por razones de seguridad nacional, militar o económica. Además, aunque intuitivamente se piensa en la creación y montaje de un establecimiento productivo, si se trata de la compra de una empresa existente tendría que demostrarse la mayor eficiencia que se conseguiría y la mejor utilización de los recursos nacionales que quedan liberados. Y si se trata de un nuevo montaje la pena preguntarse cuánto de lo que representa se compra en el país, cuánto se trae en especie (bienes de capital) y si los recursos financieros proceden de la casa matriz o son obtenidos del crédito nacional.
- b) Si la posición es monopólica, es evidente que tendrá la posibilidad de fijar precios con un componente de ganancia extraordinaria, lo cual, además de afectar a los consumidores o empresas compradoras, hará que una porción creciente del valor agregado se quede en la compañía dispuesto para ser transferido.
- c) A propósito de la distribución de los ingresos, es preciso observar que la multinacional cuenta con muchos y variados canales para hacer las transferencias de manera disfrazada: regalías y honorarios, y también sobrefacturación de insumos importados.
- d) Aunque una de las ventajas que mayormente se invoca se refiere a la transferencia de tecnología y, en general, a la

originadas en la inversión extranjera para lo cual, por supuesto, hay que contar con el beneplácito de esta.

⁹ Todo ello sin contar los impactos políticos –para la formulación y aplicación de dicha estrategia, y en general para la gobernabilidad– que representa ceder el control de porciones importantes de la actividad económica.

difusión de conocimientos operativos y de gestión (*Know How*), la verdad es que la tendencia de las multinacionales es justamente la opuesta. Algo de estos conocimientos se transmite a proveedores y clientes y a obreros y empleados, pero lo fundamental permanece restringido. En realidad no se trata tanto del conocimiento como de su uso. Como se verá más adelante, en la actualidad precisamente el centro de la disputa mundial tiene que ver con la protección de los derechos de propiedad intelectual.

- e) Como se señaló anteriormente, a favor de la inversión extranjera podría argumentarse el hecho de que abre, o amplía, o moderniza una actividad productiva cuya posición en el conjunto de la economía puede ser estratégica. Sin embargo, ¿cuál es efectivamente el encadenamiento que garantiza en el sistema económico?, ¿compra sus insumos en el mercado nacional o los importa?, ¿utiliza redes nacionales de distribución?, y lo básico: ¿contrata fuerza de trabajo del país receptor?
- f) Finalmente, se encuentra el régimen tributario. De él depende la proporción del valor agregado que percibe el Estado (que ha sido fundamental, desde luego con otro tipo de contratación, en el caso de la industria extractiva). Las multinacionales, que suelen quejarse de la doble o múltiple tributación, cuentan con numerosos mecanismos para trasladar de manera ficticia el grueso de sus ingresos al lugar donde la tasa de tributación es menor; incluso deciden poner la casa matriz o, por lo menos, la sociedad de donde proviene la inversión, en los lugares en que la tributación no existe, los conocidos “paraísos fiscales”.

El anterior recuento no es exhaustivo y pasó por alto los temas relacionados con la balanza de pagos mencionados anteriormente, pero ilustra perfectamente el sentido de la negociación a la que se ven abocados los gobiernos, al poner en evidencia que las posibles ventajas no fluyen espontáneamente y es necesario asegurarlas de manera deliberada.

El ejemplo colombiano

El año de 1967 fue decisivo para la orientación y el desempeño de la economía colombiana. Al decir de uno de sus analistas extranjeros más agudos dentro de la corriente neoclásica, Carlos Díaz-Alejandro, representó el cambio de un modelo de sustitución de importaciones a

uno de promoción de exportaciones¹⁰. Se había llevado a cabo una de las más ambiciosas reformas de la historia de Colombia en el régimen de cambios y de comercio exterior. Al mismo tiempo, una excelente ilustración de la política que en la época se seguía en materia de capital extranjero, con la particularidad de que no era impulsada, como en otros países de América Latina, por un gobierno nacional popular del estilo de Cárdenas, Perón o Vargas o, después, por mandatos como los de Allende o Velasco Alvarado.

La motivación inicial era la necesidad de reordenar el engorroso e incoherente régimen cambiario que había llegado a una situación crítica en su incapacidad para afrontar el déficit estructural de la balanza de pagos. La sola eliminación del libre cambio que mantenía en estado de perturbación la economía colombiana –decía el presidente Lleras Restrepo– bastaba para justificar las medidas adoptadas¹¹. La introducción de un estricto régimen de control de cambios, que incluía un novedoso sistema de devaluación gradual mediante ajustes periódicos –popularmente conocido como “gota a gota”– le había representado un enfrentamiento con el FMI que, como era su costumbre, exigía una brusca y radical devaluación como requisito para autorizar la continuidad de la corriente de créditos que, por lo demás, se juzgaba en ese momento indispensable.

Pero la reforma iba mucho más allá. La redefinición del régimen cambiario, en realidad, se proponía apuntalar un completo sistema de promoción de las exportaciones, entonces conocidas como “menores”, única opción tanto para superar el déficit estructural de la balanza de pagos como para poner al país en un nuevo sendero de desarrollo. En este modelo, cuya validez no se va a discutir aquí, se contaba con la inversión extranjera según criterios de optimización que en parte se derivaban del propio régimen cambiario, ya que se trataba de regular el movimiento de capitales tanto como los flujos de divisas necesarios para las transacciones corrientes –obligatoriedad del registro– y en parte de un deliberado esquema de selección de las inversiones “en armonía con las necesidades del desarrollo del país”. En ese sentido, en desarrollos legislativos posteriores (acordes, como se verá, con las decisiones del Pacto Andino) se excluían, por ejemplo, sectores como los de servicios públicos, financiero, comunicaciones, transporte interior y comercialización interna, que se sumaban a los

¹⁰ Hace unos pocos años, y en buena hora, la Universidad Externado de Colombia publicó, por fin, su trabajo publicado en inglés en 1976: “Regímenes de comercio exterior y desarrollo económico: Colombia” Díaz-Alejandro (2003).

¹¹ Charla televisiva del 8 de febrero de 1967 (Rosas, 2008).

tradicionalmente excluidos por razones de seguridad nacional¹². En el caso de los hidrocarburos se privilegiaban los contratos de asociación y en los “productos básicos” la modalidad de concesión. En general, las propuestas de inversión quedaban sometidas a la aprobación de las autoridades económicas correspondientes, según se establecía en el mismo Decreto-Ley 444 de 1967:

Artículo 110. El Consejo Nacional de Política Económica señalará los criterios que debe aplicar el Departamento Administrativo de Planeación en el estudio de las solicitudes de inversión de capitales extranjeros o de sustitución de inversiones, para lo cual tomará en cuenta:

- a) Contribución de la inversión al nivel de empleo del país;
- b) Efecto neto de la inversión en la balanza de pagos;
- c) Grado de utilización inicial y posterior de materias primas nacionales y de partes o elementos fabricados o que se vayan a fabricar en el país;
- d) Proporción entre el capital importado y las necesidades de inversión fija y de fondos de trabajo que requiera la respectiva empresa;
- e) Vinculación de capitales e inversionistas nacionales;
- f) Grado de competencia en el mercado del respectivo renglón de producción,
- g) Contribución al proceso de integración latinoamericana;
- h) Características técnicas del proyecto, de su manejo y administración, e
- i) Las demás circunstancias que el Consejo juzgue pertinentes para asegurar que la inversión corresponda a los programas de desarrollo económico y social y a la conveniencia de vincular capital foráneo a determinadas actividades que no puedan desarrollarse adecuadamente con recursos internos.

Parágrafo. Se dará preferencia al estudio de las inversiones que resulten en aumento o diversificación de las exportaciones.

La orientación de la política es, pues, nítida en este decreto. La propia noción de inversión extranjera directa –ya que el régimen se aplica también a otros movimientos de capitales– se presenta de

¹² Debe aclararse que estas disposiciones realmente no se aplicaron ya que el gobierno siguiente (Misael Pastrana) mantuvo siempre una actitud doble y aunque en el Congreso se expidió una ley que incorporaba la Decisión 24 del Grupo Andino, casi de inmediato recurrió a las posibilidades de excepción que le brindaba para permitir la inversión extranjera en dichos sectores, comenzando por el financiero.

manera taxativa, incluidas la figura de la “sustitución”, las adiciones y las reinversiones de utilidades con derecho a giro. Adicionalmente, se establece una serie de requisitos para la remesa de utilidades que van desde el registro obligatorio hasta el establecimiento de un límite de 10% anual sobre el valor neto en moneda extranjera de la respectiva inversión (artículos 116 a 118). Esto, sin contar las normas de control sobre regalías y pagos por patentes.

Es evidente que en esta política el capital extranjero es considerado como “una palanca para el desarrollo” pero no bajo cualquier condición. Y vale la pena observar que aquí no aparece la preocupación por “atraer”. En realidad, aunque a la sazón el grueso del movimiento internacional de los capitales se da entre los países del centro del capitalismo, un flujo cada vez más importante se orienta a los países “en desarrollo”, con la particularidad de que, salvo en algunos cuya característica es la disposición de recursos naturales, especialmente los hidrocarburos, tiende a ubicarse en el sector manufacturero. Era el rasgo protuberante de las “nuevas” empresas multinacionales. Al análisis de este fenómeno, precisamente, se dedica la primera obra del economista Jesus A. Bejarano (1972) quien afirma:

Hasta ahora se continuaba pensando que la inversión extranjera se localizaba en las ‘economías de enclave’ explotando los recursos naturales para la exportación (oro, platino, petróleo, etc.) en donde la producción dependía de la demanda de la metrópoli. Sin embargo, la superproducción de materias primas para la industria en el mercado mundial, produce una caída constante de sus precios en relación con los productos manufacturados, lo que provoca la baja relativa de las tasas de ganancia en numerosos sectores de la economía que contaban con estos mercados y la respuesta de estos capitales es la de afluir a sectores con tasas de ganancias más elevadas como la manufactura. Por otra parte, el desarrollo del proceso de sustitución de importaciones y la concomitante apertura relativa del mercado interno, creaban las condiciones para un proceso de industrialización más o menos amplio¹³.

Una tesis compartida por muchos investigadores en todo el mundo. Como se advertirá fácilmente, la conclusión era que cambiaba la forma pero se profundizaba la dependencia. Hoy en día puede discutirse, sobre todo en su pretensión categórica de generalización, aunque las décadas posteriores mostraron que la inversión de las

¹³ Vale la pena destacar que, por estos años, se desarrolló en Colombia una importante investigación sobre la inversión extranjera y se hicieron varias publicaciones sobre el tema. Por ejemplo: Camacho (1972), Matter (1978) y la más notable: Arango (1976).

multinacionales en la manufactura podía incluso desbordar el mercado interno y orientarse a la exportación (lo que se conoce con el nombre de “deslocalización”), lo cual estuvo, por cierto, en el centro de las preocupaciones que motivaron las decisiones adoptadas en el Grupo Andino, como se verá enseguida¹⁴. Lo importante para destacar, dentro de nuestra reflexión, consiste en reparar en que la política de Lleras Restrepo lo que pretendía era racionalizar un proceso que ya se estaba dando. Quizá por ello, contrariamente a lo que suele decirse hoy en día, el esfuerzo de reglamentación no “espantó” la inversión extranjera. De acuerdo con una evaluación hecha en la época, entre 1967 y 1975 el valor neto promedio de la inversión extranjera creció en un 70%, mientras que el PIB del país (a precios constantes de 1967) lo hizo en 61,5% y la formación bruta de capital fijo en 48,7% (Superintendencia de Sociedades, 1978).

De todas maneras, no sobra advertir que este régimen de tratamiento al capital extranjero sí contaba con cierta oposición, aunque larvada, lo cual se descubre fácilmente en el tono con que Lleras hacía su justificación¹⁵. Sin embargo, como hacía parte de medidas que estaban encaminadas a resolver la crisis cambiaria y sobre esta no cabía duda alguna, los opositores guardaron prudente silencio. El debate iría a expresarse después con ocasión del régimen propuesto en el marco del grupo andino, que seguramente para Lleras, uno de sus promotores, era el desarrollo lógico de su estatuto de 1967. Pero entonces ya no era presidente.

LA CONTRIBUCIÓN ANDINA: UN PERFECCIONAMIENTO

En la obra citada, Carlos Díaz-Alejandro, quien por lo demás hace un balance, en términos generales positivo, de la política adoptada por Colombia en 1967, formula una advertencia que no deja de ser interesante:

Para la viabilidad política de la promoción de exportaciones sería peligroso que la producción o la comercialización de nuevas exportaciones cayeran bajo el control de empresas de propiedad extranjera. La insatisfacción con las políticas proteccionistas aumentó cuando

¹⁴ En otro lugar he intentado ubicar este fenómeno en una propuesta de periodización. Moncayo (2010).

¹⁵ Mensaje del presidente al Congreso en julio de 1967. Recientemente se publicó una selección de los apartes correspondientes al tema cambiario en la revista de la Facultad de Economía de la Universidad Externado de Colombia: *Economía Institucional*, segundo semestre, 2007, vol. 9, N.º 17.

buena parte del capital de las empresas que eran cruciales para el éxito de la sustitución de importaciones pasó a ser de propiedad extranjera (Díaz-Alejandro, 2003)¹⁶.

Si no supiéramos lo lejos que estaba, ideológicamente, Díaz-Alejandro de Jesús Antonio Bejarano (1972), diríamos que se habían puesto de acuerdo en el diagnóstico de la dependencia. De hecho, la investigación comparativa internacional de donde procede el texto fue obra de un equipo del que formaban parte, entre otros, Anne O. Krueger y J. Baghwati, caracterizados exponentes del neoliberalismo. Sin embargo, la constatación citada era apenas obvia y Díaz-Alejandro no dudaba en valorar políticas como la del Decreto 444, sobre el cual anota: "Los controles a los inversionistas extranjeros y a las regalías y pagos por patentes prefiguraron y, en algunos casos, inspiraron las rígidas normas adoptadas por el Mercado Común Andino desde 1970" (Díaz-Alejandro, 2003).

En efecto, mediante la Decisión 24 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, se adoptó un "Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías" que, en muchos aspectos, puede considerarse el más ambicioso, completo y preciso intento de reglamentación y magnífico ejemplo de concreción jurídica de una política que todavía hoy podría reclamar vigencia. Al respecto, conviene dejar sentado que el Grupo Andino se orientaba a configurar un mercado ampliado de suficiente extensión como para garantizar un camino de industrialización. En ese sentido se justifica la reglamentación, de donde se desprenden su estructura y los requisitos de eficacia. La integración es vista como un componente imprescindible de la estrategia de desarrollo y por lo tanto es imposible entender este tratamiento de los capitales extranjeros por fuera de este enfoque. Supone, además, un poder de negociación internacional en cuanto a bloque de países.

La filosofía que inspira el régimen común parte del principio de que, aun reconociendo que la financiación externa y la transferencia de tecnología son imprescindibles para el desarrollo, es necesario asegurar que contribuyan, en todo caso, a la creación y fortalecimiento de empresas nacionales (o andinas). Es al logro de este último objetivo que se encamina la política adoptada. Sin pretender analizarlo en detalle, lo cual no es nuestro objeto, puntualizaremos algunos de sus rasgos más sobresalientes.

¹⁶ Obsérvese que la cita hace parte de un acápite que él denominó "Políticas comerciales y financieras y autonomía nacional".

Se trata, en esencia, de un instrumento de control y regulación que opera, como es lógico, mediante la disposición de que toda propuesta de inversión deberá ser evaluada y aprobada por el organismo nacional competente, pero lo importante aquí es que se apoya en un marco de criterios de selección, conforme, en un todo con la estrategia de desarrollo adoptada. Establece, en consecuencia, un sistema de supervisión y normas estrictas para el cumplimiento de los requisitos, obligaciones y compromisos que dispone, particularmente en materia de transferencias desde o hacia la casa matriz, todo ello encaminado a evitar posibles operaciones fraudulentas. Al mismo tiempo fija un tope de 14% al monto de las utilidades que pueden repatriarse (luego se estableció en 20%), y limita con rigidez la contratación de crédito externo e interno. Su punto culminante es el plan de conversión de las empresas extranjeras en mixtas o nacionales como condición para aprovechar el programa de liberación del acuerdo. Volveremos enseguida sobre este último aspecto que es, sin duda, el más importante.

Es de resaltar, especialmente, la rigurosa y completa reglamentación en materia de tecnología y propiedad intelectual, la cual comienza por establecer:

Artículo 18.- Todo contrato sobre importación de tecnología y sobre patentes y marcas, deberá ser examinado y sometido a la aprobación del organismo competente del respectivo país miembro, el cual deberá evaluar la contribución efectiva de la tecnología importada mediante la estimación de sus utilidades probables, el precio de los bienes que incorporen tecnología u otras formas específicas de cuantificación del efecto de la tecnología importada (Comisión del Acuerdo de Cartagena, 1970).

Esta reglamentación refleja la nítida convicción de que el manejo de la tecnología constituye una de las formas más eficaces para imponer la dependencia. Busca, entre otras cosas, impedir su utilización para transferir utilidades, pero sobre todo restringir su manejo monopólico y excluyente, por la vía de prohibir el establecimiento de las acostumbradas y desorbitadas cláusulas limitativas de su uso. Todavía hoy, vale la pena señalarlo, serviría como excelente catálogo tanto de los riesgos que representa para un país una actitud laxa como de las posibilidades de protección que se tendrían para aprovechar sus beneficios¹⁷.

Ahora bien, desde otro punto de vista, conviene resaltar las arduas cuestiones jurídicas que, en su momento, levantó el régimen común y hoy constituyen precisamente el meollo de la discusión

¹⁷ Ver artículos 18 al 26.

planteada por los acuerdos de protección de inversiones. Por lo menos las tres más determinantes:

1. El imperativo de transformar las empresas extranjeras en nacionales o mixtas mediante la participación progresiva de capital nacional. Se conoce en la literatura como *fade-out*. Implica no solo que toda modalidad de la inversión extranjera debe registrarse sino que se represente en acciones de carácter nominativo. Las empresas deben, por consiguiente, acordar un plan efectivo de transformación¹⁸.
2. La naturaleza o alcance de las normas en cuanto supranacionales y por tanto la posibilidad o no de su incorporación automática con fuerza de ley dentro de los países andinos.
3. La noción de deberes y derechos de los titulares de las inversiones extranjeras, es decir los inversionistas, que reclamarían un equilibrio entre unos y otros. Recuerda, naturalmente, el tantas veces expresado temor a la “expropiación” pero sobre todo el reclamo de “estabilidad jurídica”.

Para los efectos de nuestro tema interesan ante todo la primera y la tercera. No es necesario repetir la justificación de la primera pues, como ya se indicó, resulta coherente con el enfoque del desarrollo planteado por la integración, pero tampoco podemos detenernos a examinar si en el momento de su formulación era realista o viable. La verdad es que nunca pudo aplicarse a cabalidad ya sea por las excepciones invocadas en cada uno de los países o por la brevedad de la vigencia que tuvo el régimen común¹⁹. Una de las objeciones más comunes –que hoy, por cierto, carecería de sentido– tenía que ver con el escepticismo acerca de la disponibilidad de capital nacional, por lo menos en la cuantía necesaria, para la compra de las acciones. El gobierno del Perú, en un gesto audaz, intentó, dentro de la noción de “comunidad industrial”, entregar esa participación a los propios obreros mediante un crédito que la misma empresa extranjera otorgaría. Sobra decir que la propuesta no alcanzó a mostrar muchos frutos.

¹⁸ Esta propuesta, que hoy parece excéntrica, tuvo sin embargo amplia acogida en esta época. El reconocido economista Albert Hirschman hizo una amplia sustentación en “How to divest in Latin America, and why”. En *Essays in international finance*. Princeton University, November, 1969. Citado por Orrego (1973).

¹⁹ Un profesor de la Universidad de Arizona realizó, en su momento, un interesante análisis de sus posibilidades reales (Furnish, s.f.).

Pero la objeción más prominente tenía que ver, por supuesto, con los llamados derechos de los inversionistas. El manejo que le dieron al tema los artífices del régimen fue no solo inteligente sino riguroso desde el punto de vista jurídico. La primera y la tercera de las cuestiones estaban estrecha y deliberadamente ligadas. Desde luego, podrían haber invocado un principio indiscutible de soberanía nacional, pero fueron más allá. En su argumentación, la obligatoriedad de la transformación no proviene de un simple mandato sino de una oferta de transacción. Recuérdese que solo aquellas empresas que aspiraran a beneficiarse del programa de liberalización comercial (mercado ampliado) estarían obligadas a transformarse. Pero, además, y esto vale para el conjunto del régimen común, se da por entendido que los requisitos y las reglamentaciones configuran precisamente el marco previo y transparente de previsibilidad y estabilidad jurídicas. Nuevamente el sentido de la transacción. Se ofrecen garantías a cambio de requisitos. Es ajustándose a la reglamentación como el inversionista adquiere sus derechos.

En cuanto a la segunda cuestión, propia del tema de la integración, que seguramente ha dado lugar a una extensa literatura tanto en Latinoamérica como en Norteamérica y especialmente en Europa, solo un aspecto vamos a considerar. Nos interesa primordialmente porque fue la base, desde el principio, del fracaso y posterior abandono de la Decisión 24. En efecto, tal como fue concebido, el régimen solo podía operar mediante su aplicación por parte de los gobiernos nacionales; en ese sentido podría decirse que se trataba apenas de un marco o, si se quiere, de un conjunto de "mínimos"²⁰. Adicionalmente, contemplaba la posibilidad de excepciones (artículo 44) que quedaban a juicio de los gobiernos. Fue así como varios de ellos eludieron la aplicación de las reglas, echando a perder la coherencia del proyecto.

El punto de controversia consiste en que si bien la normatividad del Grupo Andino (y su propio surgimiento) apoyaba su eficacia jurídica en que era una aplicación del Tratado de Montevideo (Alalc), debidamente aprobado por los congresos nacionales, podía argumentarse que no todas las decisiones eran de incorporación automática a la legislación interna (por delegación en el ejecutivo) sino que algunas deberían ser aprobadas específicamente por el congreso. Y ese fue al principio el terreno de la oposición al régimen común; oposición que, por cierto, siempre había existido. En Colombia, por ejemplo, la controversia fue a la Corte Suprema con resultados desalentadores. (Por fortuna,

²⁰ Por razones de claridad y economía en la exposición, hemos dejado de lado la descripción de las otras decisiones adoptadas sobre el tema y de las sucesivas modificaciones.

el régimen fue aprobado por el congreso, el cual después le dio otros desarrollos legislativos).

En cambio en Chile, después de que la contraloría se negara a dar el visto bueno al decreto que lo implementaba, una discusión en el congreso terminó reafirmando que, efectivamente, había materias que, afectando la normatividad interna, deberían ser objeto de tratamiento por parte del legislativo, sin que se avanzara mucho más. Pero no fue necesario: el gobierno que emergió del golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973, tuvo entre sus prioridades inmediatas el abandono del Grupo Andino precisamente a causa de la Decisión 24. Sin duda formaba parte de los acuerdos de los militares con las multinacionales.

Años antes, el gobierno de Venezuela, que se había negado a entrar al Grupo Andino, tuvo un argumento adicional en el rechazo al tratamiento que se les daba a los capitales extranjeros. En realidad todo dependía de la posición de los gobiernos. Se le había dado un golpe demoledor al régimen común; luego se mantuvo, pero sin verdadera aplicación ni mucha convicción, hasta el definitivo desmonte que comenzó con la Decisión 220 modificatoria (Comisión del Acuerdo de Cartagena, 1987).

Pero, así como los acontecimientos de Chile corroboraban nítidamente que el poder de las multinacionales era exactamente como se había analizado en la justificación de la necesidad de la reglamentación, igualmente revelaban que la oposición siempre había estado ahí. Por supuesto, encabezada por el gobierno de los Estados Unidos y todas las multinacionales, aunque también entre las elites y los políticos a su servicio en los países dependientes²¹. Esto en el plano político; pero la oposición también se expresaba en el aspecto teórico. Y no faltaban las argumentaciones provenientes de la corriente neoclásica de la economía; curiosamente, las mismas que se exhiben hoy en día²². Vale la anotación para aquellos supermodernos que seguramente están pensando que todo lo dicho hasta ahora son teorías antiguas, ya superadas por la “evolución del pensamiento científico”. La verdad es que no están a tono con “las realidades contemporáneas”: se encuentran en la agradable compañía de Pinochet.

²¹ Al parecer, la actitud prudente de las multinacionales se debió a que confiaron en que las posibilidades de poner en práctica la transformación eran limitadas y antes de que se lograra ya los gobiernos habrían cambiado. Menos prudente fue la de los tecnócratas y políticos colombianos, lo que llevó al ministro Valencia Jaramillo a hablar de “terrorismo económico”. Un balance de las posiciones se encuentra en Misas (1983).

²² En un libro que desafortunadamente se sigue utilizando hoy en día en algunas Universidades, Gilberto Arango Londoño (2001) cita, en favor de la posición que mantuvo desde entonces hasta su fallecimiento, una conferencia de Roberto Oliveira Campos, exministro brasileño, en 1969.

LA ÚLTIMA BATALLA

Aunque nos hemos concentrado en el espacio latinoamericano, es preciso reconocer que idéntico esfuerzo por controlar y reglamentar las inversiones extranjeras, y por tanto las operaciones de las empresas multinacionales, se venía realizando a escala mundial. Los países del llamado Tercer Mundo –o mejor, la mayoría de sus gobiernos en esa época– habían llegado a la conclusión de que no bastaban las disposiciones nacionales y era necesario llegar a una normatividad de naturaleza multilateral, preferiblemente en el ámbito de las Naciones Unidas. Y podría decirse que existían condiciones favorables. El primer logro había sido la Resolución 1803 del 14 de diciembre de 1962, “Soberanía permanente sobre los recursos naturales”.

Al respecto debe observarse que, si bien se ha dicho que en Latinoamérica la preocupación por el control se incrementó con el avance de la inversión extranjera en el sector manufacturero, lo cierto es que en el conjunto de las regiones periféricas, especialmente en África y los países árabes, la cuestión de los recursos naturales seguía siendo crucial. Por esta razón la iniciativa en las Naciones Unidas habría de tomar siempre este tema como punto de partida. Por ejemplo, la calificación de permanente que se le da aquí a la soberanía tiene que ver con la interpretación que se les debe dar a las figuras de la “concesión” e incluso de la “asociación” que se han utilizado para autorizar la explotación de los recursos naturales por parte de empresas extranjeras.

Durante la primera mitad de los setenta se trabajó sobre el establecimiento de un “nuevo orden económico internacional” que finalmente fue proclamado mediante la Resolución 3201 del 1.º de mayo de 1974 y sirvió de base para el logro más importante de la época que fue la *Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados*, aprobada el 12 de diciembre del mismo año. Era en cierta forma la culminación de todos los esfuerzos realizados en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (Unctad), instrumento creado a principios de los sesenta para dar respuesta a las presiones de los países periféricos, no muy a gusto con el orden establecido en Bretton Woods y el sistema del GATT. Estos últimos contaban allí para adelantar los debates y obrar unificadamente, con su propio grupo, denominado inicialmente de los 77²³. Fue en ese contexto en el que se

²³ En esta época que, como dijimos, abarca las décadas de los sesenta y setenta, la Unctad, cuya historia está ligada a la figura de Raúl Prebisch, llegó a ser un instrumento fundamental en las confrontaciones entre el centro y la periferia con resultados primordialmente declarativos, como la Carta de Argel (1968), pero no por ello menos importantes.

preparó y sometió a discusión de la Asamblea General la mencionada Carta, la cual fue aprobada con 120 votos a favor, 10 abstenciones y 6 en contra: Estados Unidos, Gran Bretaña, República Federal de Alemania, Bélgica, Luxemburgo y Dinamarca.

Por su propia naturaleza las cuestiones más importantes que suscita la Carta pertenecen al ámbito jurídico. Para nuestra reflexión, la disposición más relevante se encuentra en el artículo 2, segundo párrafo:

Todo Estado tiene el derecho de:

- a) Reglamentar y ejercer autoridad sobre las inversiones extranjeras dentro de su jurisdicción nacional con arreglo a sus leyes y reglamentos y prioridades nacionales. Ningún Estado deberá ser obligado a otorgar un tratamiento preferencial a la inversión extranjera;
- b) Reglamentar y supervisar las actividades de empresas transnacionales que operen dentro de su jurisdicción nacional y adoptar medidas para asegurarse de que esas actividades se ajusten a sus leyes, reglamentos y disposiciones y estén de acuerdo con sus políticas económicas y sociales. Las empresas transnacionales no intervendrán en los asuntos internos del Estado al que acuden. (...);
- c) Nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad de bienes extranjeros, en cuyo caso el Estado que adopte esas medidas deberá pagar una compensación apropiada, teniendo en cuenta sus leyes y reglamentos aplicables y todas las circunstancias que el Estado considere pertinentes. En cualquier caso en que la cuestión de la compensación sea motivo de controversia, esta será resuelta conforme a la ley del Estado que nacionaliza y por sus tribunales, a menos que todos los Estados acuerden libre y mutuamente que se recurra a otros medios pacíficos sobre la base de la igualdad soberana de los Estados y de acuerdo con el principio de libre elección de los medios²⁴.

La primera reflexión que debe hacerse es sobre el valor jurídico de la Carta. Es claro que para ser un verdadero instrumento con carácter obligatorio tendría que haber sido una convención, lo cual evidentemente era imposible dada la oposición de las potencias, a menos que se quedara en enunciados puramente generales y abstractos. Sin embargo, como no se quería dejar en una declaración del Tercer

²⁴ La *Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados* junto con varios ensayos de análisis y comentarios, puede consultarse en "Justicia Económica Internacional", citado anteriormente.

Mundo, que hubiera sido muy importante pero redundante e inútil para el propósito de comprometer al mundo desarrollado, se intentó, a través de arduas y complejas transacciones y concesiones llegar a un documento de carácter universal. Aún así no fue posible el consenso y se aprobó por mayoría en forma de una Carta que la Asamblea General incorporó en una Declaración, la cual, por sí misma, no tiene carácter obligatorio.

No obstante, según el jurista Jorge Castañeda, dada la heterogeneidad de sus disposiciones, no es posible definir el valor jurídico de conjunto de la Carta y es necesario examinar cada artículo individualmente pues en su contenido y relación con otros instrumentos internacionales puede darse el caso de que sea obligatorio. En su opinión, bastante condescendiente como corresponde a su condición de ser uno de los promotores y redactores, la Carta contribuye al desarrollo progresivo del Derecho Internacional en el sentido del nuevo orden económico internacional que entonces se consideraba en gestación (Castañeda, 1976)²⁵.

Ahora bien, las discusiones que se dieron entonces, sobre todo a propósito del artículo 2, anticipan, de manera significativa, las que se han venido dando recientemente en el marco de los acuerdos de protección de inversiones, como se verá más adelante. En todas ellas la oposición de las potencias impidió que se llegara a un acuerdo. Examinaremos algunas de las más sobresalientes.

En primer lugar, con respecto al principio de que el Estado no está obligado a otorgar tratamiento preferencial, el representante de los Estados Unidos sacó a relucir el tradicional argumento, ya viejo en ese entonces, del "minimum standard" de tratamiento, que según él hacía parte del derecho consuetudinario internacional. Frente a esto, la mayoría sostuvo que de ninguna manera podía aceptarse que dicho principio fuese parte de ningún consenso internacional y que los inversionistas extranjeros, al igual que los nacionales, debían asumir los riesgos económicos que la inversión implica, así como tienen el derecho de recibir los beneficios de su probable éxito.

Pero en el representante estadounidense alentaba otro argumento: el de que no se podía prohibir la protección diplomática de los nacionales que se ven afectados en sus derechos fundamentales en

²⁵ Es verdad, por otra parte, que no debe subestimarse, por sí misma, una Carta. Tal fue la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que dio lugar a que después se aprobaran los respectivos pactos de derechos políticos y civiles, y de derechos sociales, económicos y culturales. Seguramente en esta posibilidad de "desarrollo" confiaban sus promotores.

territorio extranjero, el cual implica la posibilidad de intervención, incluso militar. Al respecto, la solución fue puramente formal, reemplazando el verbo prohibir que estaba en la redacción inicial por “no podrá ser obligado”, con lo cual se eliminaba la interpretación que temía el delegado de los Estados Unidos, pero no se rechazaba el peligroso argumento que lógicamente entra en contradicción con el derecho de los Estados a reglamentar y ejercer autoridad sobre la inversión extranjera.

Precisamente en relación con esto último fue compleja la discusión que suscitó la cuestión de los acuerdos bilaterales de inversión que ya venían imponiendo las potencias en sus relaciones internacionales, pero que supuestamente eran “libre y soberanamente acordados”. Al respecto no había objeción en que los pactos deberían ser respetados, bajo un principio de buena fe, pero no podían ser interpretados como una obligación del Estado huésped para con un particular extranjero (el inversionista). A juicio de los países en desarrollo esto significaría transformar un vínculo jurídico de derecho interno en uno de carácter internacional y a la empresa privada extranjera en sujeto del derecho internacional, ambas cosas enteramente inaceptables.

Y aún más inaceptable es la idea de que las controversias entre los Estados y los inversionistas debieran resolverse en tribunales arbitrales internacionales. De todas maneras tendrían que ser sometidos a la jurisdicción nacional del Estado huésped. Aun aceptándose el principio de la protección diplomática ello equivaldría a su transformación en un conflicto entre Estados que debería ser resuelto en las instancias apropiadas como la Corte Internacional de Justicia (por medios pacíficos). Eran conscientes, los representantes de los países del Tercer Mundo, de que en dichos acuerdos se podía haber pactado aquella forma arbitral de resolución de conflictos, pero consagrarlo en la Carta como una obligación equivalía a generalizar y dar carácter universal al sistema auspiciado por el Banco Mundial. En consecuencia, se rechazó la propuesta de las potencias.

Igual destino tuvo la propuesta de los Estados Unidos, en materia de reglamentación de la inversión extranjera, acerca de una obligación de los Estados de garantizar una “razonable” estabilidad jurídica y evitar “actos arbitrarios o caprichosos”, propuesta que fue considerada poco menos que ofensiva.

En cuanto al derecho de nacionalizar y expropiar, aunque fue aceptado por las potencias, siempre y cuando se añadiera la precisión de “por causa de utilidad pública”, y todos reconocieron el principio de la obligatoriedad del pago de indemnización, la discusión versó sobre el

requisito de que esta fuera “pronta, adecuada y efectiva” frente al cual los países en desarrollo argumentaron que no existía en ninguna parte del derecho internacional semejante prescripción.

En efecto, la Resolución 1803 de la Asamblea de las Naciones Unidas había reconocido que estas compensaciones se harían conforme a las reglas en vigor en el Estado en cuestión. Nuevamente aparece la discusión sobre el supuesto derecho consuetudinario internacional al que acostumbran recurrir siempre los representantes de las potencias. Lo que podemos concluir, precisamente, es que para ellas lo consuetudinario es aquello que, gracias a su poder, siempre han podido imponer. ¡La “fuerza hace costumbre”! En la Carta quedó simplemente el calificativo de “apropiada”.

Sobra señalar que, pocos años después, la Carta se había convertido en un simple documento histórico. Pero éstas y otras discusiones, sobre las que tendremos que volver más adelante, demuestran que la posición respecto a la inversión extranjera, en el sentido de liberalización, promoción y protección, que hoy se considera “de última generación”, siempre ha existido (desde el siglo XIX) y siempre se ha enfrentado a otras posiciones. Todo depende de la correlación de fuerzas.

En el periodo que hemos examinado hasta aquí, el predominio lo tuvieron las otras posiciones, hasta el punto de considerarse una suerte de consenso; si nos hemos detenido a relatarlo es precisamente para demostrar que no es tan excéntrico o extravagante como hoy muchos parecen creerlo. En realidad, en el Derecho en general, así como en el internacional, en particular, no hay un “progreso” o “evolución” como piensan los doctrinantes que lo consideran una ciencia y hasta una tecnología. En el “desarrollo” y la “modernización” pensaban los autores de la Carta, pero las elaboraciones normativas cambiaron radicalmente de sentido y ahora los defensores de la liberalización de las inversiones extranjeras también la consideran la etapa “moderna” de una evolución lineal.

En Colombia, en 1995, un joven secretario jurídico de la presidencia, defendiendo la constitucionalidad de las políticas de liberalización de las inversiones, y los tratados de protección, se atrevió a decir:

Los avances ocurridos recientemente tanto en el mundo como en el hemisferio, han creado en el campo del derecho grandes retos ante los cuales es indispensable el diseño de mecanismos e instrumentos que (...) permitan el incremento del flujo de bienes, servicios, tecnología y capitales. (...) Creemos que es constitucional, pensamos que es un tema novedoso, técnico y que en Colombia y en el mundo sobre el punto hasta ahora estamos comenzando (Medellín, 1995).

No se sabe qué sorprende más, si su fe ingenua en el neoliberalismo o su ignorancia histórica y jurídica arrogante. Ignoraba, por supuesto, la discusión que acabamos de relatar en la que, veinte años antes, se habían expuesto –y se habían derrotado– los mismos argumentos. Ignoraba que la corriente de los tratados bilaterales de protección de inversiones, como se analizará más adelante, venía desde 1959. Ignoraba que, en 1938, con ocasión de la nacionalización del petróleo en México, el secretario de Estado de los Estados Unidos, Cornell Hull, había proclamado la indemnización “pronta, adecuada y efectiva” como un supuesto derecho universal. Era, en todo caso, la mentalidad predominante en ese momento; lo curioso es que hoy, quince años después, otros funcionarios jóvenes dicen exactamente lo mismo.

Ahora bien, el consenso de los años sesenta y setenta no era, generalmente, el producto de fuerzas políticas revolucionarias o de pensadores marxistas que, sin lugar a dudas, tenían propuestas mucho más radicales pero que deliberadamente no hemos querido considerar. Al contrario, probablemente fue la base social extremadamente frágil con que este consenso contaba en los países del denominado tercer mundo y las limitaciones de clase de sus promotores, la causa de que finalmente hubiese sido derrotado. Al fin y al cabo en las Naciones Unidas se representan los Estados, más exactamente los gobiernos, y no los pueblos, y las correlaciones de fuerza nacionales e internacionales pueden cambiar. De inmediato tenemos que recordar cómo el golpe en Chile inaugura una etapa oscura y macabra de dictaduras militares o “democracias restringidas” como se denomina eufemísticamente la de Colombia. En seguida vino la catastrófica crisis de la deuda externa que sirvió de chantaje para llevar a cabo los “ajustes estructurales”, antesala del neoliberalismo. En adelante, lo que encontramos es la historia de la contraofensiva, tanto ideológica como política.

LA CONTRAOFENSIVA NEOLIBERAL

Sin duda el mundo había cambiado, pero, como se ha reiterado aquí una y otra vez, no es que la “evolución” hubiese vuelto inútil o desueta toda preocupación por la regulación del movimiento internacional de los capitales. Al contrario, si en alguna época de la historia ha sido urgente es en esta; de hecho, no se habla ahora de otra cosa, después de la crisis económica mundial que aun no termina. Ocurre, más bien, que las multinacionales –el gran capital financiero– se volvieron cada vez más poderosas (todas las economías se “internacionalizaron”) y por ello lograron imponer sus intereses como si fueran los de la humanidad.

No es nuestro objetivo detenernos en este punto pero podemos resaltar tres rasgos fundamentales:

- a) El capital financiero logra subordinar, en el mundo, todas las fracciones del capital. “Financiarización” se le ha llamado a este proceso. La quiebra del sistema monetario internacional, de donde se ha desprendido la carrera de la desregulación internacional, no es otra cosa que manifestación suya. El endeudamiento desorbitado en la segunda mitad de los setenta y principios de los ochenta hasta llegar a la crisis de la deuda externa, que determinó el viraje en los países latinoamericanos, fue en cierto modo una primera etapa de este proceso²⁶.
- b) Al paso que se quebraba la hegemonía estadounidense, surgían nuevas potencias y el mundo se fragmentaba en varias regiones, el conjunto del Asia Pacífico mostraba una expansión acelerada, contando con la presencia de multinacionales de diversos orígenes geográficos. La corriente de las inversiones directas internacionales se orienta en una parte significativa hacia esta región.
- c) América Latina oscila entre su tradicional dependencia de los Estados Unidos –que va del comercio a la maquila– y la renovada presencia europea, a partir de las inversiones que aprovecharon las privatizaciones, y poco a poco comenzaron a orientarse a la explotación y exportación de recursos naturales. Al parecer, en la actual división internacional del trabajo este es el lugar que vuelve a tocarle, lo que lo convierte en un territorio en disputa²⁷.

Para nuestro tema estos rasgos resultan ser más importantes que la revolución tecnológica expresada en las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones. Son ellos los que han determinado, en lo fundamental, la actual tendencia a la desregulación, aunque es cierto que dichas tecnologías la facilitan y que, a la vez, explican la creciente importancia atribuida a las normas sobre propiedad intelectual. Sin embargo, nos interesa ahora, sobre todo, el impacto en el plano cultural ya que estamos tratando de normas y políticas económicas.

²⁶ Como se verá más adelante, es este proceso el que ha facilitado y presionado, en todo tipo de tratados, la ampliación de la definición de inversión hasta hacer prácticamente inútil la noción de inversión extranjera directa.

²⁷ Se trata este tema, en extenso, en Moncayo (2010).

En efecto, el nuevo poder nunca descuidó la batalla en el terreno ideológico. En la teoría económica se impuso la llamada “corriente principal” que, razonando siempre en términos de leyes del mercado –implícitamente libre competencia– no puede más que excluir el Estado como una interferencia. En política económica, a los países “en vías de desarrollo” se les ofrece el “consenso de Washington”. El neoliberalismo se impone en el ámbito nacional, pero tiene también su expresión internacional en el apogeo del “librecambio” que incluye la liberalización del movimiento de capitales. Pero la batalla ideológica sería muy limitada si se redujera a los cenáculos académicos o tecnocráticos; el neoliberalismo llega a ser una religión, difundida por los *mass media*, de manera que hasta el último ciudadano de a pie termina por considerar “natural” todo lo que es del mercado y artificial y pernicioso cualquier interferencia.

Nuevamente el ejemplo colombiano

Ese es el clima de opinión que encontramos en Colombia en la coyuntura que siguió a la nueva Constitución expedida en 1991. El punto de partida es la libertad del capital y los derechos de los inversionistas y lo que debe ser justificado, como excepción, es cualquier intento de regulación. Se construye un espantapájaros: la economía cerrada. La desgracia de Colombia –se dice– es haber estado cerrada. No haber permitido la entrada de mercancías y capitales portadores de la modernización. Aunque es evidente, como hemos visto, que la historia es otra. Se esgrime entonces un nuevo consenso con respecto a las inversiones extranjeras que se apoya en tres “grandes principios” del supuesto nuevo derecho internacional: la igualdad de trato (no se puede discriminar por nacionalidad), la universalidad (no se puede excluir ninguna clase de inversión) y la automaticidad (su ingreso no debe ser sometido a decisión de las autoridades). Los mismos que siempre han querido imponer desde que el capital es capital. Ha logrado su máxima aspiración histórica: preservar sus intereses, en contra del Estado, en la lógica de los derechos humanos.

Se pasa así de la liberalización a la protección y de esta a la promoción, donde lo que se discute en la teoría y la política económicas son las formas más eficaces para asegurar y colmar los apetitos de los inversionistas. Y todo en el nombre de los “nuevos tiempos”, hasta el límite de la indignidad. Necesitamos las inversiones extranjeras porque no hay otra alternativa para el país –se dice– y no hay que escatimar esfuerzo alguno para cortejarlas. El interés de las multinacionales se ha interiorizado en la mente de los nuevos colonizados como si fuera el

interés nacional. El abogado que mencionamos antes lo dice, como si fuera la cosa más natural y no necesitara ser demostrada:

Teniendo en cuenta el trascendental papel que desarrolla el ingreso de capitales productivos a las economías nacionales, es obvia la competencia internacional por atraer la inversión extranjera. Esta competencia obliga a los países interesados en incrementar los flujos foráneos de capital a realizar grandes esfuerzos por construir un ambiente favorable a la inversión extranjera (Medellín, 1995).

Tan natural que otros países lo hacen y hay que pedir turno para la expoliación. Daniel Mazuera Gómez (1995), el ministro de Comercio Exterior de ese entonces, remata:

La competencia por la inversión extranjera se ha iniciado y por fortuna nuestro país no se ha quedado atrás. Sin embargo, ahora que todas las naciones se encuentran en la competencia por conseguir recursos internacionales, Colombia debe mejorar notablemente su desempeño en la atracción de la inversión. De otra manera las tareas emprendidas por este gobierno y en las que se necesita la participación de todos los colombianos, nos tomarán bastante más tiempo, dejándonos atrás en la carrera internacional.

Estas expresiones nos eximen de reproducir y discutir en adelante los argumentos de teoría económica que se han venido enarbolando a favor de la desregulación y la promoción. La literatura especializada, por lo demás, está llena de ellos.

LA CARTA DE DERECHOS DEL CAPITAL

Los acuerdos bilaterales de protección y promoción recíproca de inversiones (Appri), también conocidos como tratados bilaterales de inversiones (en inglés BIT), cambian de protagonistas pero siguen un modelo, o formato, como se ha señalado una y otra vez. Y no es solo porque corresponden a un mismo interés, el de las multinacionales, y a idéntico propósito, la liberalización de las inversiones transfronterizas y su protección frente a los Estados, sino porque forman parte de una estrategia de ordenamiento jurídico mundial.

Una larga historia

Como se advirtió al comienzo de este ensayo, en el ordenamiento económico mundial que siguió a la segunda guerra se hizo una clara diferenciación entre el ámbito comercial y el financiero aunque, por supuesto, no podían desconocer las estrechas relaciones entre ambos. En ese orden de ideas, el tratamiento era diferente aunque complementario. Mientras que en el ámbito comercial el objetivo era la liberalización progresiva, si bien controlada y negociada, en

el financiero, con el propósito de apuntalar el recién creado sistema monetario internacional, predominaba el sentido de la regulación, para lo cual se le confería un especial poder al FMI.

Solo un cuidado especial en el equilibrio de cada una de las balanzas de pagos podía garantizar un sistema de tasas fijas de cambios. Así, la decisión fue regular de manera estricta el movimiento internacional de capitales. De hecho, aun en los proyectos de integración, comenzando por el de Europa, este era un tema que se dejaba para la última etapa. Adicionalmente, tal como se describió en el primer capítulo, era un hecho que, sobre todo en los llamados países en desarrollo, existía una profunda resistencia a permitir sin ningún control la inversión extranjera.

En estas circunstancias, cualquier variante en materia de inversión debería ser pactada voluntariamente, de manera bilateral, entre países. También ha existido la posibilidad de acuerdos regionales, pero estos generalmente se limitan a la liberalización y no tanto a la protección. Fue así como surgieron los TBI²⁸. La inspiración fueron los tratados de amistad, comercio y navegación del siglo XIX. Sobra anotar que, vinculados con la protección de las rutas comerciales, formaban parte del andamiaje colonialista de entonces, fundamentado en el poder naval de Gran Bretaña. El primero, del nuevo estilo, fue el de Alemania con Paquistán en 1959. Este todavía no se planteaba la cuestión de las diferencias o controversias entre inversionista y Estado.

Sin embargo, aunque su número ha crecido constantemente, su desarrollo ha sido relativamente reciente. Al parecer, la resistencia se mantuvo durante mucho tiempo. Muy pocos se firmaron en los decenios de los sesenta y setenta y todavía a finales de 1989 no pasaban de 385 en todo el mundo. De allí hasta terminar el siglo se presenta un enorme salto. A fines de 2001 llegaban a 2.096²⁹.

La explicación de este crecimiento vertiginoso tiene que ver, sin duda, con una vigorosa iniciativa por parte de las empresas

²⁸ También existen acuerdos para evitar la doble tributación. Este ha sido un tema de gran preocupación para las multinacionales pero, precisamente por ello, tiene una historia aparte, lo cual explica que en los TBI generalmente no aparezca. Por eso no nos hemos detenido en este aspecto. Al comenzar el siglo se registraban más de 2000 acuerdos de este tipo. Desde entonces se ha venido incorporando el tema en proyectos de mayor alcance, hasta hoy cuando, como consecuencia de la crisis mundial, comienza a suscitar preocupaciones opuestas. Por ejemplo, a propósito de los llamados paraísos fiscales.

²⁹ La Unctad ha producido numerosos y muy completos informes. En las consideraciones que siguen, se toma como referencia el informe de la Reunión de Expertos de junio de 2002. TD/B/COM.2/EM.11/2, 8 de mayo de 2002.

multinacionales pero sobre todo de los poderosos grupos financieros que crecían y se afianzaban en el proceso de financiarización del capitalismo. Este es también un periodo de crisis e indefiniciones y de intentos de reconstrucción del orden económico mundial. Dada la dificultad de avanzar en acuerdos multilaterales (Ronda Uruguay del GATT) se abría la posibilidad de los acuerdos regionales y bilaterales como solución más expedita. Especialmente como mecanismo para rearticular la semiperiferia y la periferia.

Porque –hay que subrayarlo– la gran mayoría de estos tratados bilaterales no se suscriben entre países desarrollados, pese a que el grueso de las corrientes de inversión se da entre ellos. Además, como se señaló anteriormente, los vientos políticos favorecían al capital. De ahí la incorporación de los países de América Latina, que antes no aceptaban este tipo de tratados de inversión, y de las llamadas economías en transición (“exsocialistas”).

En la primera década del nuevo siglo, sin embargo, parece registrarse una desaceleración debida seguramente a que las cuestiones relativas a la inversión han comenzado a incorporarse en instrumentos de mayor alcance como los tratados de libre comercio y los llamados acuerdos de asociación impulsados por la Unión Europea.

A pesar de las obvias diferencias entre los países involucrados, no se observan apreciables diferencias entre estos tratados. Ya lo afirmaba la comisión de expertos de la Unctad (2002): “Una de las características peculiares de los TBI es que su formato general, alcance sustantivo y contenido han permanecido en gran medida sin cambiar durante los últimos 40 años”. Si acaso, puede hablarse de una evolución que terminó consolidando su contenido básico. No es necesario repetirlo ya que hicimos su descripción en el capítulo anterior, pero vale la pena insistir en algunos rasgos:

- 1) Suelen partir de una definición amplia de inversiones basada en la propiedad sobre activos que abarca tanto los tangibles como los intangibles, y en consecuencia, tanto las inversiones directas como las de portafolio o cartera. Este es un aspecto fundamental ya que, en el pasado, al definir marcos regulatorios, se daba por sentado que se trataba de inversión directa; las otras modalidades eran más bien de competencia de las autoridades de vigilancia financiera (y de valores) o de los regímenes cambiarios. Sin duda, en el proceso de “financiarización”, las fronteras entre las diferentes modalidades se han hecho borrosas. Las acciones que, supuestamente, confieren propiedad y control de activos fijos, se negocian de manera fluida

en el mercado internacional (gracias a la tecnología, en tiempo real) y adquieren cada vez mayor liquidez. En las propias estadísticas de inversión extranjera directa que trae la Unctad, por ejemplo, una parte considerable, en las dos últimas décadas, corresponde a “fusiones y adquisiciones”. Sucede incluso con la propiedad raíz; es conocido el fenómeno de titularización de tierras, y la negociación de derechos obtenidos mediante concesiones para la explotación de recursos naturales. Todo esto para no mencionar la expansión desorbitada de instrumentos financieros, incluyendo los derivados.

- 2) La esencia de estos tratados, como es lógico, apunta a la protección de las inversiones lo cual supone la seguridad y estabilidad jurídicas. Muchos de ellos le dan a la noción de expropiación un amplio alcance para incluir “medidas equivalentes” y formas “indirectas” y “progresivas”. Esto último sí parece ser un resultado claro de la “evolución”. Pudiera decirse que, una vez ganada la batalla general en contra del derecho de los Estados, tal como se comentó anteriormente a propósito de Colombia, las multinacionales quisieron ir más allá en la anulación de la capacidad de estos. Esto está íntimamente ligado a la cuestión de los mecanismos de solución de controversias que se tratará enseguida, en detalle, dado que parece ser uno de los objetivos fundamentales de estos tratados.
- 3) En el mismo sentido va la aplicación de los principios de trato nacional y de nación más favorecida (NMF), con la excepción general, para esta última, de los casos de tratados regionales de libre comercio e integración. Sin duda esto forma parte de la aspiración de llegar a alguna forma de acuerdo multilateral en materia de inversiones que también se tratará más adelante. Una historia paralela a la de los acuerdos bilaterales sobre tributación.
- 4) Igualmente es común la disposición relativa a la transferencia de fondos. Comprende utilidades, dividendos, regalías y toda forma de beneficios, así como repatriación de capital. Fácilmente se comprende que, al ampliar la definición de inversión, los impactos son enormes, agravando el riesgo de que finalmente la inversión extranjera no solamente aporte muy poco al valor agregado que se queda en el país receptor, preocupación fundamental en el pasado, sino que se convierta en una verdadera forma de exacción del ahorro

nacional. Así mismo, es de gravedad el impacto cambiario. Aunque en muchos de estos tratados se contemplan excepciones temporales por razones de desequilibrio fundamental de la balanza de pagos, la tendencia parece ser obviar esta consideración.

Visto lo anterior, se deduce que el margen de negociación es bastante reducido. Es una suerte de imposición que se hace en nombre de un supuesto derecho internacional. Por eso muchas de las diferencias observadas corresponden a lo que hemos llamado “evolución”, que refleja a su vez el creciente poder de las multinacionales. Así pues, aunque, lógicamente, el resultado de la negociación depende de las capacidades o fuerzas respectivas de los países que buscan el acuerdo, solamente llega a variantes con respecto al formato general. Generalmente toman la forma de excepciones. En algunos casos de evidente asimetría, reflejan la capacidad del poder superior para imponer una profundización de la aspiración básica que tienen estos tratados.

Un aspecto que ha dado lugar a diferencias es el relativo a la liberalización, es decir, a las condiciones para la entrada de las inversiones. En la mayoría el punto no se toca, ya que se ha ido trasladando a los TLC, pero en algunos, particularmente los impuestos por Estados Unidos y Canadá, se prohíbe establecer requisitos, de manera que el ingreso es automático y los principios de trato nacional y nación más favorecida se aplican desde la manifestación de la intención de invertir. El tratado se aplica, pues, a inversiones pasadas, presentes y futuras.

El alcance de la noción de trato nacional también puede variar. En algunos (otra vez los Estados Unidos) se prohíbe la exigencia de los llamados requisitos de desempeño (contenido local, exportaciones, etc.), que en el pasado había sido un eje fundamental de la política de los países latinoamericanos. Se da el caso extremo en que la prohibición puede valer aun cuando la exigencia también se esté aplicando a las inversiones nacionales, lo cual significa retomar el famoso principio de “mínimo trato”. En cambio no se descarta el otorgamiento de incentivos a la inversión extranjera así sea para obtener idénticos resultados (¿discriminación positiva?). En donde sí se refleja claramente la correlación de fuerzas es en el tipo y cantidad de las excepciones aceptadas.

Principios y mecanismos de solución de controversias

Sin lugar a dudas, el mayor logro obtenido en estos tratados bilaterales ha sido la imposición de mecanismos de solución de controversias basados en la práctica de tribunales o centros de arbitraje

de carácter internacional. En el caso de diferencias entre los Estados, en la interpretación o aplicación, resulta obvio. Se dispone, en la mayoría, el recurso inicial de la conciliación y si esta fracasa se deberá someter a un tribunal de arbitraje cuyos miembros son nombrados así: dos por las partes, quienes a su vez eligen el tercero que debe ser nacional de otro Estado. En caso de dificultades se contará con el apoyo de la Corte Internacional de Justicia. Sin embargo, la innovación consiste en el tratamiento de diferencias entre un Estado y un inversionista, nacional de la otra parte. En este caso, el Estado renuncia a su soberanía jurisdiccional, por la cual todo litigio que un particular intente en contra del Estado debe ventilarse en sus tribunales administrativos y conforme a las leyes nacionales.

Significa, además, como ya se dijo anteriormente, la elevación de un particular a la categoría de sujeto internacional y de parte en un tratado que no ha suscrito y en el cual no contrae obligaciones. Es más, la iniciativa de someter la controversia a arbitraje le corresponde exclusivamente, consagrando una evidente asimetría. En los TBI se impone el consentimiento anticipado de someterse a una jurisdicción arbitral internacional con lo cual se impide que un Estado pudiera oponerse válidamente al resultado del arbitraje. Es la revolución en el Derecho internacional por la que siempre había propugnado el Banco Mundial.

En efecto, en 1965 el Banco Mundial –sus directores ejecutivos– elabora una convención, conocida después como de Washington, que fue puesta a disposición de los Estados miembros para su voto y posterior ratificación. Se apoyaba en que era preciso desarrollar la convención de Nueva York de 1958 sobre “el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras”. No obstante, debe tenerse en cuenta que esta fue aprobada en una Conferencia Internacional de Naciones Unidas sobre arbitraje comercial internacional, convocada por el Consejo Económico y Social; en cambio el Banco Mundial, aunque figura como agencia especializada de Naciones Unidas es, como se sabe, un organismo eminentemente antidemocrático en el que los votos dependen del capital aportado y por lo tanto funciona al servicio de las grandes potencias. Además, es evidente que la Convención de Washington fue mucho más allá de la de Nueva York.

El elemento central de la Convención de Washington es precisamente la creación del Centro Internacional de Arreglos de Diferencias relativas a inversiones, más conocido como Ciadi, que tiene su sede en las oficinas centrales del banco. El procedimiento de conciliación y arbitraje se rige por las reglas establecidas en el mismo convenio. Cuenta con un consejo administrativo integrado

por representantes de los Estados contratantes y listas de árbitros y conciliadores propuestos por estos (cuatro cada uno) y diez más nombrados por el presidente, que es el mismo del Banco Mundial. Cuando se solicita un arbitraje se constituye un tribunal, compuesto por tres miembros bajo el procedimiento habitual, solo que aquí, en caso de no haber acuerdo sobre el tercero, es nombrado por el presidente. Resuelve las diferencias conforme a principios y reglas de derecho que él mismo acuerda. Las decisiones se adoptan por mayoría. Y lo más importante:

Todo Estado contratante debe reconocer el carácter obligatorio del laudo y está obligado a hacer ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por este como si se tratase de una sentencia firme dictada por un tribunal de dicho Estado (Biggs, 2003).

Aparte de lo que se ha dicho con respecto al abandono de la soberanía jurisdiccional, es fundamental observar que, en sus decisiones, este tribunal no tiene por qué tomar en cuenta consideraciones atinentes al interés público, ni en relación con el tema del desarrollo, ni en materia de derechos humanos, ni con respecto a la protección del medio ambiente. Este tema se discutió arduamente con ocasión del capítulo de inversiones del TLCAN y se ha seguido discutiendo hasta ahora, sobre la base de casos concretos en los cuales se ha comprobado el efecto sumamente negativo. Cabe reiterar que la peculiaridad de los TBI consiste en que prácticamente obligan a someterse a un mecanismo arbitral como este, y le dejan la opción exclusivamente al inversionista. Por supuesto, le está negado a cualquier otra persona natural o jurídica solicitar o acceder al mecanismo arbitral y si presenta denuncia contra la empresa extranjera debe hacerlo ante su Estado, el cual estará impedido para atender su denuncia so pena de ser llevado ante el Ciadi³⁰. Sobra anotar que constituye un privilegio para el inversionista extranjero ya que el nacional seguiría estando sometido a la legislación y a la jurisdicción nacional.

Todo esto le confirió una considerable fuerza a los TBI, sobre todo después de que en el Ciadi se aprobó en 1978 el “mecanismo complementario” que permitió extender el sistema a Estados que no fueran contratantes en la convención de Washington. Recuérdese que en América Latina se mantuvo hasta finales de los años ochenta una considerable resistencia a participar en este tipo de mecanismos³¹. El

³⁰ Este fue el caso en Bolivia, suficientemente conocido, en lo que se llamó “la guerra del agua”.

³¹ Colombia firmó la convención casi desde su origen, pero solo inició el trámite de ratificación a mediados de los noventa. Finalmente, fue aprobada mediante Ley 267 de 1996, que fue revisada por la Corte Constitucional, y completó la ratificación en agosto de 1997.

Ciadi, que se ofrece como un simple servicio, se benefició, a su vez, de la proliferación de TBI.

No obstante, en estos y otros tratados se contemplan diversos mecanismos arbitrales. El que más se menciona es la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en inglés Uncitral). Fue establecida por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 y está integrada por 36 Estados miembros elegidos por periodos de seis años, en representación de distintas regiones geográficas. La verdad sea dicha, en la medida en que se presentaba como un desarrollo, verdaderamente autorizado, de la Convención de Nueva York, aparecía como una opción, en esta materia, con un respaldo menos antidemocrático. Ha llegado a ser el organismo jurídico más importante de las Naciones Unidas cuya Asamblea General aprobó un reglamento de arbitraje en 1976, que ha llegado a ser un referente universal, y una Ley Modelo en 1985.

Desde luego, también existen centros privados de arbitraje internacional, algunos de los cuales datan de principios del siglo XX. Los principales son: Asociación de Arbitraje de los Estados Unidos (AAA); Corte de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio Internacional; Corte de Arbitraje Internacional de Londres, y Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (Biggs, 2003). Algunos de ellos, especialmente el segundo, son mencionados en los TBI.

Cabe, por último, volver sobre una discusión política de mayor calado. Se dice que la introducción de este tipo de mecanismos arbitrales es una afortunada solución para el problema planteado por la legítima desconfianza del inversionista frente a un Estado que no es el suyo. Una solución equilibrada y equitativa para los Estados involucrados ya que, si bien el receptor renuncia a su soberanía jurisdiccional, a cambio, el Estado de donde es nacional el inversionista renuncia a la protección diplomática. Si recordamos muy bien en qué consiste la “protección diplomática” de factura claramente colonialista, entenderemos claramente el rechazo categórico de los países de América Latina, fundamentado desde el siglo XIX en la doctrina Calvo.

En efecto, las principales potencias imperialistas siempre justificaron la intervención, incluso militar, con el pretexto de que cualquier agravio a un ciudadano (o súbdito) suyo se consideraba una agresión contra la nación o el Estado; en respuesta, Carlos Calvo argumentó y postuló la jurisdicción exclusiva de los Estados para juzgar y conocer las conductas de extranjeros en su territorio. México fue el primer país en poner en práctica este criterio en un incidente con los Estados Unidos (1873), lo que lo convirtió en doctrina para toda Latinoamérica.

Pero el intervencionismo militar llegó al extremo de aplicarse en disputas de orden económico. En 1903 una escuadra naval conjunta de británicos, alemanes e italianos atacó y bloqueó puertos venezolanos para exigir la cancelación inmediata de las deudas que este gobierno había contraído en esos países, alegando adicionalmente el incumplimiento de un laudo arbitral. El rechazo latinoamericano fue inmediato y se logró la retirada de esas fuerzas militares. Esta experiencia motivó al canciller argentino Luis María Drago a declarar categóricamente que ningún poder extranjero puede utilizar la fuerza contra nación americana alguna para hacer efectivo el cobro de una deuda, con lo cual se declaraban ilegítimas este tipo de intervenciones.

Es cierto que después, la Carta de las Naciones Unidas prohibió definitivamente estas prácticas, pero en los países latinoamericanos permaneció la desconfianza respecto de los mecanismos arbitrales internacionales referentes a disputas económicas. La historia que se ha relatado aquí, rápidamente, muestra que fue un largo proceso el que tomó conseguir su aceptación generalizada. En ese sentido es inaceptable la fábula de la “solución equilibrada”; por principio, al inversionista extranjero le está negado el recurso a la “protección diplomática”; no es que renuncie a ella y mucho menos que tenga el derecho de exigir algo a cambio, como garantías y protecciones especiales. Se derrumba así la columna que sostiene la edificación justificativa de los mecanismos arbitrales aludidos aquí. Sostener que cumplen la función de evitar el uso de la fuerza no es más que chantaje.

El triunfo del TLCAN

Desde los debates que rodearon la negociación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), a principios de los años noventa, se detectó que uno de los avances más significativos en beneficio de las multinacionales era haber introducido disposiciones y compromisos en lo relativo a inversiones. Su objetivo es, en principio, la creación de una zona de libre comercio aprovechando la excepción consagrada en el capítulo XXIV del GATT, pero, a tono con lo que se venía discutiendo en la Ronda Uruguay, incorpora el comercio de servicios (que incluye los financieros) y le añade un conjunto de medidas en asuntos relacionados con el comercio. Entre ellas las encaminadas a crear un marco “transparente, equitativo y previsible” para el flujo de las inversiones, lo que, a juicio de algunos, sería un acuerdo de promoción y protección, insertado en un tratado regional más amplio.

Esta última afirmación, en cierto modo, no es del todo exacta ya que tiene como punto de partida la liberalización que, como se dijo, no es habitual en los TBI, lo cual tiene efectos significativos en cuanto

a las definiciones. En efecto, es clara su orientación en el sentido de eliminar todo tipo de obstáculos al ingreso de capitales, comenzando por la capacidad del Estado para seleccionar. México, sin embargo, consagró algunas excepciones. Y es en este orden de ideas como aparece, junto a la noción de inversión, la figura del inversionista, de manera que las normas de protección son aplicables desde la misma intención de invertir. El inversor, por una parte, es definido como “una parte o empresa de la misma, o un nacional o empresa constituida conforme a la legislación de una parte, que pretende realizar, realiza o ha realizado una inversión”.

A su vez, el concepto de inversión se caracteriza por su extraordinaria amplitud. Cubre la tradicional noción de extranjera directa, y la indirecta o de cartera. Pero lo más importante consiste en que hace inútil la diferenciación, puesto que contempla la participación en “empresas”, sin importar la forma jurídica que asuma esta participación (puede ser financiación intrafirma), e incluso cuando no da lugar a control o gerencia, de modo que lo que se considera inversión extranjera es la titularidad del capital, disociado de la existencia empresarial. Por supuesto, todas las formas de beneficios reinvertidos. Lo único que excluye son los efectos pecuniarios de transacciones comerciales y los préstamos asociados a estas.

Como existe un derecho a la admisión incondicional, toda inversión tendrá derecho a entrar en la mejor de las condiciones que resulten entre el trato nacional y el de nación más favorecida. Se da por sentado que el trato nacional involucra el nivel mínimo de trato (“estándar mínimo internacional”), noción que, como hemos visto, ha sido defendida desde siempre por las multinacionales e implica “trato justo y equitativo”, así como “protección y seguridad plenas”. Es claro que en ese momento ninguno de los Estados se atrevía a poner en duda el “respeto a la propiedad” y la “libre empresa”, pero cabría interpretar este implícito como la prohibición de modificar estos principios. De cualquier modo, llama la atención la trascendencia que se le concede al tema de la expropiación. Sigue en lo fundamental la línea que ya se ha comentado pero con un particular cuidado al definir cada uno de los conceptos, al establecer los procedimientos y al señalar los criterios de cuantificación de las compensaciones³².

³² Ha sido motivo de discusión el concepto mismo de compensación, ya que se establece que la indemnización debe corresponder al “valor justo de mercado” que tenga la inversión al momento de la expropiación, pero podría entenderse que incluye el cálculo del daño emergente, el lucro cesante y las pérdidas indirectas. Los litigios que ya se han estudiado durante los más de quince años de vigencia del tratado parecen demostrar que esta era la interpretación de las multinacionales.

Con gran fuerza se introduce en este tratado el concepto de expropiación indirecta (*creeping expropriation*), entendido como todas aquellas medidas que tengan el efecto equivalente de “menoscabar las facultades inherentes al ejercicio del derecho a la propiedad privada”. Pueden mencionarse la venta forzosa de propiedades, decisiones administrativas que cancelen licencias o permisos, medidas fiscales exorbitantes o confiscatorias, impedimentos para manejar, administrar y controlar libremente la inversión, congelación de cuentas bancarias, etc. Como se ve, así establecida, deja un amplísimo campo para la interpretación y la calificación de la política pública y por tanto conlleva la posibilidad permanente e inminente del litigio.

Con todo, el aspecto que tiene quizás mayor novedad es la prohibición de los llamados requisitos de desempeño (*performance requirements*), no frecuente en los TBI, y sobre todo la forma como la establece. En primer lugar, porque se refiere a todas las inversiones en el territorio de la región y no solamente a las que se efectúan entre uno y otro país. En ese sentido es una protección general para el capital y afecta de manera decisiva la capacidad del Estado para poner en práctica políticas públicas ya que tradicionalmente estos requisitos han sido utilizados como precondition para acceder a cierto tipo de beneficios, lo cual, como se detalló en el primer capítulo, se solía aplicar a las inversiones extranjeras con el fin de maximizar sus posibles efectos benéficos.

Se podría decir que se orienta en el mismo sentido de las contempladas en el tratado de la OMC pero va mucho más allá. Supera las acostumbradas medidas de contenido nacional, empleo, balanza comercial y de pagos, etc., para abarcar todo tipo de iniciativas en materia de establecimiento, adquisición, expansión, administración y conducción que orienten hacia la exportación, suministro nacional, importaciones, transferencia de tecnología, etc. ya que, al apartarse de las reglas del mercado, equivalen a subvenciones a la exportación o prohibición de importaciones.

Ahora bien, al igual que en los TBI, la desembocadura de todos estos compromisos está en la adopción de mecanismos arbitrales para la resolución de controversias. Para empezar, es preciso tener en cuenta que, a diferencia de los proyectos de integración regional en esta modalidad de zona de libre comercio no se contemplan instituciones supranacionales y por tanto no cuenta con ningún organismo de naturaleza jurisdiccional. En ese sentido, la resolución de las controversias queda establecida como procedimiento de arbitraje a adoptar en cada caso, con una regla general y procedimientos especiales de los cuales el más importante es el relativo a las inversiones.

Se sigue en general lo señalado anteriormente. Los tribunales deben interpretar el tratado según sus objetivos y el “derecho internacional” (trato mínimo); se ignora el derecho de cada Estado parte, pero este se obliga a aplicar en su territorio los laudos arbitrales. En las controversias entre Estado e inversionista (capítulo XI, sección B), este puede optar por los tribunales nacionales o uno de dos mecanismos, el Ciadi (para México el mecanismo complementario), o Uncitral.

El TLCAN expresa, en definitiva, la estrategia de los Estados Unidos para la protección de sus multinacionales, que privilegia los tratados comerciales en la medida en que abarcan varias materias de manera coherente y por tanto son mucho más completos que los TBI. Téngase en cuenta, además, que en los tratados comerciales se incluye el comercio de servicios, entre ellos los financieros. Se diferencia, en cierto modo, de la seguida por los países europeos, aunque la Unión Europea está firmando últimamente acuerdos de asociación, especialmente con las excolonias. En todo caso, los Estados Unidos han proseguido agresivamente su estrategia en América Latina, primero con la propuesta del ALCA, derrotada en 2005, y luego con los TLC plurilaterales o bilaterales. Se repite en todos ellos, a veces con disposiciones más favorables a las multinacionales, el capítulo XI del TLCAN³³.

El intento más audaz

En repetidas oportunidades se ha comentado que las multinacionales, por boca de sus representantes políticos, suelen hacer alusión a un supuesto “derecho internacional” que establecería un trato mínimo para las inversiones. Ellas mismas son conscientes de que no existe tal consenso, ni siquiera de manera consuetudinaria, y por ello han pretendido construirlo por la vía de múltiples tratados bilaterales o regionales, básicamente uniformes. No obstante, jamás han renunciado a la pretensión de conquistar un acuerdo multilateral. Esto fue lo que intentaron en la segunda mitad de los noventa, en el marco de la OCDE.

La Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) es una organización limitada a unos cuantos países (30), pero tiene una considerable capacidad de iniciativa mundial, dado que entre ellos se cuentan las principales potencias. Aprovechando esta condición,

³³ Para una revisión de la propuesta del ALCA, ver Alianza Social Continental (2002) y Gutiérrez (2004).

el Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI) se elaboró como tratado de libre adhesión para ser aprobado en una primera instancia por los países miembros y luego por todos aquellos que expresaran su voluntad y reunieran algunas condiciones mínimas, con la posibilidad, válida también para los miembros, de hacer una serie limitada de reservas. El grupo de negociación se apoyaba en dos códigos vigentes en la OCDE sobre liberalización de movimientos de capitales y de transacciones invisibles, e inició sus trabajos en 1995 con la esperanza de tener un documento final en 1996 para ser sometido a ratificaciones y entrar en vigencia a principios de 1998.

La base del acuerdo era, desde luego, el marco que ya se ha descrito, especialmente en la forma como fue incluido en el capítulo XI del TLCAN. Sin embargo, aspiraba a ganar en amplitud y precisión y a avanzar en los siguientes aspectos principales³⁴:

- a) Una definición lo más amplia posible de inversión, basada en la noción de “activos”, recogiendo las innovaciones financieras y aprovechando la dificultad para diferenciar los movimientos especulativos de capitales.
- b) Una definición igualmente amplia de inversionista, para incluir tanto el enfoque territorial (el nacional o residente permanente) como el enfoque de propiedad (control). En ese sentido reciben los beneficios, personas naturales y jurídicas ya sea porque están en el otro país o porque en cualquier parte se hallan controladas por nacionales de una parte distinta.
- c) En cuanto al tratamiento, liberalización desde el preestablecimiento y aplicación de los principios de TN y NMF, en las acepciones más rigurosas. No es necesario, entonces, mencionar sectores; son las reservas o excepciones las que deben ser declaradas explícitamente.
- d) Se introducen nuevas disciplinas, a saber: personal clave (garantías para ciertos empleados); requisitos de desempeño (prohibición general sin aludir a concesión de beneficios); incentivos a la inversión (preservación y autorización: discriminación positiva); monopolios y empresas estatales (normas rígidas tanto de competencia como de compras públicas); privatización (garantías para compradores extranjeros).

³⁴ Una compilación de ensayos sobre el estado de las negociaciones se encuentra en OCDE (1997).

- e) En resolución de controversias se disponen, como es lógico, reglas más detalladas para el procedimiento entre Estados, incluido el arbitraje, introduciendo la figura de “grupo de partes interesadas” con la función de evitar litigios. Pero también se hace más complejo el procedimiento para controversias Estado-inversionista, aunque en el mismo sentido de los TBI.
- f) En la expropiación se precisan, con respecto a la compensación, las diferentes alternativas en materia cambiaria. Se amplía la protección contra riesgo de conflictos.
- g) En cuanto a las garantías de transferencia, la tendencia es a eliminar incluso la cláusula de balanza de pagos.

La denominada, con razón, Carta de Derechos de las multinacionales, no alcanzó, empero, a ver la luz. No faltaban, desde luego, contradicciones y desencuentros entre las grandes potencias, así como respecto de países de menor desarrollo que también forman parte de la OCDE. En 1997 ya se había acordado un nuevo cronograma. Pero también incidió en su fracaso la cerrada oposición de diversas organizaciones de la sociedad civil.

El debate se hizo público en todo el mundo; las protestas llegaron a su máxima expresión en octubre de 1998 con la toma, por parte de un grupo de opositores, de la sede de la Cámara Internacional de Comercio en París. La intención era archivar el proyecto, cuando ocurrió la multitudinaria protesta de Seattle con ocasión de la Cumbre de la OMC, que sirvió, en cierto modo, de punto final.

La estrategia europea

Como se habrá observado, en países como Colombia, durante estos primeros años del nuevo siglo se abandona definitivamente la idea de negociar TBI con los Estados Unidos y Canadá. A primera vista resulta obvio ya que fueron reemplazados con creces por sendos TLC, pero igualmente pone de presente una peculiaridad de la estrategia seguida por los países europeos. En realidad, eran estos últimos los que más habían presionado, en los ochenta y noventa, la firma de TBI. Más adelante vendría la negociación de “acuerdos de asociación” con México, Chile, Centroamérica y el Grupo Andino, que finalmente se redujo a un TLC con Colombia y Perú. Notorio es, en estos acuerdos –como en todos los de su tipo–, que no aparece un capítulo explícito dedicado a protección de inversiones.

La explicación es relativamente sencilla. Hasta el 1.º de diciembre de 2009, fecha en que entró en vigor el Tratado de Lisboa, la Unión Europea, como tal, no tenía competencia para negociar acuerdos internacionales en materia de inversiones sino solamente en aspectos comerciales; en consecuencia, únicamente los países individualmente considerados podían hacerlo. De ahí su interés por los TBI, lo cual contrasta con el hecho de que, en contraposición, la política comercial sea exclusiva de la Unión.

Esta aparente incongruencia tiene que ver con el hecho de que la Unión Europea, fiel a la tradición, siempre había considerado que el movimiento de capitales era asunto de naturaleza distinta que merecía un tratamiento multilateral, sobre todo teniendo en cuenta la inestabilidad del sistema monetario internacional, las repetidas crisis y su aspiración de llegar a moneda única. Entre 1995 y 2003 insistieron en desarrollar mucho más el tratamiento de las inversiones en la OMC. Así mismo, pusieron empeño en el AMI. Solamente después de fracasadas estas alternativas, más o menos en el 2003, consideraron asumir una política propia de la UE.

En todo caso, la libertad concedida a los países no dejaba de plantear problemas para la política exterior conjunta. Aunque, como se vio en el caso de Bolivia, para las multinacionales no había problema; bastaba incluir la disposición referente a la "sede social" para generalizar los beneficios de la protección a todos los países de la UE. Sin duda los más agresivos en los TBI han sido Alemania, Gran Bretaña, Francia, Holanda y España. Como es lógico, dados sus intereses en los países en desarrollo (muchos de ellos excolonias), primero con la oleada de privatizaciones y luego en la disputa por el control de las fuentes de recursos naturales.

Todo ello, ante la competencia de potencias como los Estados Unidos y algunos países asiáticos. Del lado de países como Colombia, como se describió anteriormente solo ha existido la mentalidad de feria de aceptar todo aquel que quiera invertir, sin considerar para nada las estrategias que se cruzan en el mundo. Todo lo contrario de una política exterior consistente, a pesar de las escandalosas declamaciones en pro de la internacionalización.

Lo anterior explica perfectamente las oscilaciones recientes de los diferentes gobiernos europeos en relación con los TBI, especialmente en América Latina, con excepción de España que, como se sabe, se ha convertido en un fuerte inversionista. El Tratado de Lisboa, sin embargo, ha ocasionado más problemas de los que pretendía resolver; lo cierto es que la UE no ha podido estructurar un programa de transición.

Aún no se define el mecanismo y procedimiento concreto para asumir esta nueva competencia, y sobre todo para articular (o rechazar) los TBI vigentes. Existe un marco general y un proyecto de reglamento pero la situación es compleja ya que se tendría que revisar más de 300 TBI, para garantizar que se ajusten a la política general de la UE. En marzo de 2009, el tribunal de justicia de las comunidades europeas emitió un fallo contra Suecia, Austria y Finlandia por no haber adaptado sus TBI a la competencia de la Unión Europea en materia de transferencia de capitales³⁵.

La Unión Europea está concentrada ahora en los acuerdos de asociación; en el tema de los TBI ha manifestado interés solamente en “grandes” países como India, Canadá, China, etc. Es difícil saber cuál será la actitud que tomarán los gobiernos europeos en lo inmediato, con respecto a un país como Colombia. Por lo pronto observamos que no han insistido en TBI y también concentran todos sus esfuerzos en los acuerdos de asociación; al fin y al cabo en estos se contemplan compromisos en servicios financieros y propiedad intelectual que cubren muchos de sus intereses inversionistas y sobre todo en el comercio de servicios, en general, que, como se sabe, incluye un modo que supone el “establecimiento” en la otra parte y por lo tanto un conjunto de derechos (trato nacional y NMF) para la empresa que vende servicios. Además, es posible que ahora, los nuevos, gracias a la competencia asumida, incluyan capítulo de inversiones.

LA NUEVA RESPUESTA POR PARTE DE LOS MOVIMIENTOS SOCIALES

La contraofensiva histórica del capital que desde los años ochenta se venía expresando en la reforma de las legislaciones nacionales, en TBI y en tratados de libre comercio, y que había llegado a su punto máximo en la propuesta del AMI, suscitó una respuesta igualmente amplia y ambiciosa. Una respuesta cualitativamente superior al esfuerzo de los años setenta, aunque se conservaron algunos de sus supuestos. En primer lugar, el centro de la resistencia se desplaza desde los países tercermundistas, esencialmente frágil porque dependía de la actitud de los gobiernos (y sus elites), hacia organizaciones y movimientos sociales, y ahora en todo el mundo incluyendo las potencias. Significa, al mismo tiempo, que el adversario se identifica en las grandes empresas multinacionales, superando la dicotomía Sur-Norte.

³⁵ Seattle to Brussels Network. Varios autores. “Los acuerdos de inversión de la UE en la era del tratado de Lisboa”.

En segundo lugar, es claro que el enfoque se amplía ya que las normas de liberalización y protección de inversiones se entienden como parte de todo el proyecto neoliberal de la globalización, encarnado en las instituciones de Bretton Woods, la OMC y sus desarrollos regionales o bilaterales. Desde luego, se tiene en cuenta el carácter primordial que tiene allí el proceso de financiarización. En tercer lugar se redefine la naturaleza de los argumentos que fundamentan el rechazo, ya que se añaden a las consideraciones de soberanía nacional y sobre el derecho al desarrollo, otras relativas al respeto, protección y disfrute de los derechos humanos.

Este último aspecto es, por muchas razones, fundamental. Precisamente en 1998 –que es también un año clave en el comienzo de la resistencia frente al ALCA– una serie de elaboraciones daban cuenta de la contradicción entre el avance de los derechos del capital y la negación de los derechos humanos ofrecidos, con gran despliegue publicitario, especialmente después de la asamblea correspondiente de las Naciones Unidas en 1993. En esta última se postulaba y proclamaba la integralidad e indivisibilidad de los derechos humanos, rescatando la vigencia, en el mismo plano, de los económicos, sociales y culturales.

Sin embargo, en los hechos, las reformas de la liberalización introducidas por los países –comprometidas además en los TLC y en los TBI– anulaban la capacidad de los Estados no solo para ejecutar políticas de desarrollo sino, mínimamente, para garantizar los derechos económicos sociales y culturales de la población. Era evidente, entonces, que el nuevo marco de garantías para las inversiones, incluyendo el recurso a mecanismos de arbitraje, se había convertido en la abolición, en el plano jurídico, del principio de la responsabilidad esencial del Estado en el respeto, protección y realización de los derechos humanos. A esto se añade el desconocimiento de cualquier principio de protección del medio ambiente, subordinado como está a los derechos de propiedad y la libertad de empresa.

Todas estas reflexiones tenían sus antecedentes en las diferentes resistencias frente a la globalización, los programas de ajuste estructural, la deuda externa, las medidas neoliberales en cada país y en nuestro continente, especialmente, frente al TLCAN; en las luchas concretas de sectores populares en contra de efectos específicos de medidas y proyectos; y también desarrollos importantes, en el curso de la resistencia en contra del ALCA y los TLC y sobre todo contra la operación y desmanes de las multinacionales en todo el mundo. Esto último suscitó una forma de denuncia y presión conocida como los tribunales de opinión o de los pueblos, encargados de enjuiciar a dichas

empresas por violación de los derechos humanos, y en el plano jurídico, una elaboración cada vez más profunda acerca del vacío, en el plano de la globalización, de normas que regulen y permitan enjuiciar a las multinacionales que gozan de impunidad, en la medida en que logran escapar de todo marco nacional (Teitelbaum, 2007)³⁶.

Todo esto se conocía de tiempo atrás, como se ha referido aquí, pero adquiere mayor profundidad. El gran desarrollo de las multinacionales, en lugar de hacer innecesario el control, como han pretendido los partidarios de la “modernización” y la “actualización” del derecho internacional, por el contrario, lo justifica con mejores argumentos.

En cuanto a los TBI, luchas como la mencionada de Bolivia pusieron en primer plano la necesidad de denunciarlos y eliminarlos. Este fue un caso verdaderamente ejemplar porque mostró claramente la naturaleza de la inversión extranjera amparada por los TBI y de los mecanismos de arbitraje como el Ciadi, y, a la vez, las posibilidades de éxito de la lucha popular. Una vez alcanzado el triunfo en el plano nacional, la compañía impugnada y expulsada de Cochabamba, “Aguas del Tunari” (conglomerado formado por International Waters, Abengoa de Servicios Urbanos de España y socios bolivianos minoritarios) demandó al Estado boliviano. Recurrió al tratado bilateral de inversiones suscrito entre Bolivia y Holanda, en 1992, pese a que el socio mayoritario de Aguas del Tunari era International Waters, sociedad formada por Bechtel, de los Estados Unidos, y Edison, de Italia. Aguas del Tunari transfirió su domicilio en 1999 a Holanda solo para poder iniciar el proceso contra Bolivia. No era necesaria, pues, prueba adicional para demostrar el peligro de los TBI. Y de ello se tomó nota en todo el mundo.

La crisis mundial, que se manifestó recientemente como crisis financiera, ha contribuido, por lo demás, a poner punto final a las dudas e indecisiones.

HACIA EL FUTURO

La coyuntura parece propicia. Las denuncias en todo el continente y las luchas como la de Bolivia han puesto en la mira de los movimientos sociales los TBI y los mecanismos de arbitraje como el Ciadi. Además, algunos gobiernos –Bolivia, Ecuador y Venezuela– ya han decidido su retiro de este, si bien les queda el problema de los TBI vigentes. Hay países como Argentina, Uruguay y Perú que los tienen

³⁶ Igualmente véase Teitelbaum (2010).

en gran número. Es posible que en el futuro inmediato se presenten nuevas demandas y se conozcan otros laudos arbitrales. Por otra parte, se ha puesto al orden del día en todo el mundo la necesidad de volver a controlar el movimiento internacional de los capitales. Se agrega el estado de incertidumbre en la Unión Europea, hoy en la peor crisis en muchos años. La larga lucha en contra de la deuda externa parece iniciar un nuevo capítulo. En Suramérica, además, se ventilan propuestas de nueva arquitectura financiera que constituirían la base indispensable de un verdadero control. Y todo ello en el contexto de la confrontación al modelo actual de desarrollo que, como es sabido, se apoya en la inversión extranjera. Finalmente, ha de tenerse en cuenta que aparte de las múltiples experiencias de resistencia, se ha estudiado y se sabe mucho más sobre el tema.

Fue por eso que el 12 de agosto de 2010, durante el IV Foro Social de las Américas que se llevó a cabo en Asunción (Paraguay), se lanzó la campaña: “No al Ciadi, no a los tratados bilaterales de inversión, por una nueva arquitectura financiera y comercial”. Algunos de sus elementos principales todavía en discusión son los siguientes:

- (i) Parece razonable que el objetivo de la campaña sea principalmente “No a los TBI”. Se enlaza con la lucha contra los TLC. El Ciadi, al igual que otros mecanismos de arbitraje, se encuentra en otro plano, pese a que constituye parte importante en la noción de “protección de las inversiones”. Este asunto remite al de las propuestas, ya que es difícil discutirlo sin sugerir al mismo tiempo alternativas. Es posible, como en el pasado, defender la soberanía jurisdiccional, pero en lo inmediato tendría que pensarse regionalmente. Téngase en cuenta que muchos TBI se han firmado entre los propios países latinoamericanos.
- (ii) Se resalta la conexión con otras luchas y campañas, por ejemplo, dada la implicación del Banco Mundial, con la lucha contra las instituciones de Bretton Woods o, en otro sentido, contra las multinacionales, en la cual se reclama una instancia que permita enjuiciarlas.
- (iii) Se da por sentado que es necesaria una actividad de investigación. Los estudios de caso son fundamentales para fortalecer los argumentos y consolidar una posición. Todo esto forma parte, además, de una iniciativa en el plano ideológico y cultural. Como se ha visto en este ensayo, el llamado “clima de opinión” ha sido siempre decisivo en

las confrontaciones políticas. Hay que volver a discutir los mitos acerca de las virtudes de la inversión extranjera y de la importancia de atraerla.

- (iv) Finalmente, aparte de los aspectos prácticos y organizativos de la campaña, será necesario adelantar tareas de educación popular y buscar mecanismos eficientes de difusión. Se sabe que nunca ha sido fácil incluir este tipo de temas en la agenda de los movimientos sociales y hacer de la protesta una movilización masiva.

El lanzamiento de esta campaña es apenas un ejemplo y una parte de una gran transformación que está ocurriendo en el mundo. Se anuncian reformas y renegociaciones de los regímenes de inversión extranjera, y, lo que es más significativo, se hunde el paradigma impuesto hasta ahora. Una muestra de ello es la Declaración Pública sobre el régimen de inversión internacional, que el pasado 30 de agosto dieron a conocer más de treinta académicos, en su gran mayoría abogados, encabezados por los profesores Gus Van Harten, de Osgoode Hall Law School; David Schneiderman, de University of Toronto; Muthucumaraswamy Sornarajah, de National University of Singapore, y Peter Muchlinsky, de University of London.

Sin duda, para los que piensan en el derecho internacional, vuelve a modificarse el sentido de sus elaboraciones, en un movimiento equivalente al que se describió aquí para explicar el surgimiento de los mitos neoliberales.

REFERENCIAS

- ALIANZA SOCIAL CONTINENTAL (2002). "El ALCA al desnudo: un análisis ciudadano de las negociaciones gubernamentales en torno al área de libre comercio de las Américas". Disponible en www.asc-hsa.org.
- ARANGO, J. I. (1976). "Inversión extranjera en la industria manufacturera". DANE, *Boletín Mensual de Estadística*, N.º 302-303.
- ARANGO, L. G. (2001). *Estructura económica colombiana*. Novena edición. Bogotá: McGraw Hill.
- BEJARANO, J. A. (1972). *El capital monopolista y la inversión norteamericana en Colombia*. Bogotá: Círculo Rojo Editores.
- BIGGS, G. (2003). "Solución de controversias sobre comercio e inversiones internacionales". *Revista de la Cepal*, 80.
- CAMACHO GUIZADO, A. (1972). *Capital extranjero, subdesarrollo colombiano*. Bogotá: Punta de Lanza.

- CASTAÑEDA, J. (1976). "La carta de derechos y deberes de los Estados desde el punto de vista del derecho internacional". En VVAA, *Justicia económica internacional*. México: Fondo de Cultura Económica.
- CAVES, R. y JOHNSON, H. (1972). *Ensayos de economía internacional*. Buenos Aires: Amorrortu editores.
- COMISIÓN DEL ACUERDO DE CARTAGENA (1970). Decisión 24. Tercer periodo de sesiones extraordinarias de la comisión. 14-31 de diciembre. Lima, Perú.
- COMISIÓN DEL ACUERDO DE CARTAGENA (1987). Decisión 220. Sustitución de las decisiones 24 y conexas sobre el régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías.
- Decreto-Ley 444 (1967).
- DÍAZ-ALEJANDRO, C. (2003). *Regímenes de comercio exterior y desarrollo económico: Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- DUNNING, J. (1976). "La empresa multinacional: antecedentes". En: Dunning, J. (comp.). *La empresa multinacional*. México: Fondo de Cultura Económica.
- FURNISH, D. (s.f.). El régimen común del Grupo Andino para los capitales extranjeros.
- GUTIÉRREZ, O. (2004). *Inversiones extranjeras. Más garantías, más libertades*. Bogotá: PIDHDD.
- HAGEN EVERETT, E. (1982). *Economie du developpement*. Paris: Económica.
- MATTER, K. (1978). *Inversiones extranjeras en la economía colombiana*. Medellín: Hombre Nuevo.
- MAZUERA, D (1995), Políticas. En: "Políticas de Inversión Extranjera". Bogotá: Coinvertir.
- MEDELLÍN, C. (1995). Intervención en el Seminario Internacional de Políticas de Inversión Extranjera. En: "Políticas de Inversión Extranjera". Bogotá: Coinvertir.
- MISAS, G. (1983). *Empresas multinacionales y Pacto Andino*. Bogotá: Fines-Oveja Negra.
- MONCAYO S., H.-L. (2010). "¿Existe una nueva división internacional del trabajo?". En: *Trabajo y capital en el siglo XXI*. Bogotá: ILSA.
- NACIONES UNIDAS. JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO. COMISIÓN DE LA INVERSIÓN, LA TECNOLOGÍA Y LAS CUESTIONES FINANCIERAS CONEXAS (2002). Informe de la reunión de expertos sobre las experiencias con los criterios bilaterales y regionales de cooperación multilateral en la esfera de las inversiones transfronterizas a largo plazo, en particular las inversiones extranjeras directas. TD/B/COM.2/EM.11/2.

- OCDE (1997). "Políticas de inversiones en América Latina y reglas multilaterales de inversiones". París. Borrador disponible en: www.oecd.org/daf/mai.
- ORREGO, V. F. (1973). Control de las empresas multinacionales.
- ROSAS VEGA, G. (2008). *El pensamiento económico de Carlos Lleras Restrepo*. Bogotá: Taurus.
- Superintendencia de Sociedades (1978). *Inversiones extranjeras en Colombia*. Bogotá.
- TEITELBAUM, A. (2010). "Los tratados internacionales, regionales, subregionales y bilaterales de libre comercio", Cetim, *Cuaderno Crítico*, N.º 7.
- TEITELBAUM, A. (2007). *Al margen de la ley: sociedades transnacionales y derechos humanos*. Bogotá: ILSA.

El mecanismo de solución de diferencias de la OMC: una caracterización

JOSÉ GERMÁN BURGOS SILVA*

Recibido: 1 de abril de 2011 - Aprobado: 15 de mayo de 2011



RESUMEN

Cuando en 1994 se firma el Acuerdo de Marrakech, se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC), así como también el Sistema de Solución de Diferencias (SSD), mecanismo especializado para afrontar los conflictos comerciales ligados a los acuerdos administrados por esta organización, entre cuyas capacidades está garantizar el cumplimiento de sus decisiones mediante mecanismos de coerción económica como las concesiones o las retaliaciones.

En el presente artículo se esbozan elementos característicos de dicho sistema, con el propósito de identificar y establecer los principios que lo estructuran y organizan. El tema se aborda en dos partes: en la primera, se analizan las discusiones sobre un posible constitucionalismo global ante la existencia del sistema; en la segunda, se identifican y desarrollan los principios que rigen al SSD.

Palabras claves: Organización Mundial del Comercio, Sistema de Solución de Diferencias, principios del SSD, resolución de conflictos comerciales internacionales, derecho constitucional global.



ABSTRACT

Marrakesh Agreement (1994) established the World Trade Organization, and with it the Dispute Settlement System (DSS), which is a specialized mechanism to confront trades disputes related to the WTO's agreements;

* Abogado de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Ciencias Políticas y Derecho del Comercio Internacional y Doctor en Derecho de la Universidad de Barcelona. Profesor asociado de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia.

one of its capacities is to guarantee/ pledge compliance with its decisions by economic coercion mechanisms such as concessions or retaliation.

The current article shows the System's representative elements, looking to identify and establish which principles are the ones that structure and organize this mechanism. The approach will be done in two parts: in the first one, is studied in an analytical way the discussions about the possibilities of a global constitutionalism in face of the System existence; in the second one is identify and develop the principles that rules the SSD.

Keywords: World Trade Organization, Dispute Settlement System (DSS), DSS principles, resolution of international commercial disputes, constitutional law overall.

INTRODUCCIÓN

El Sistema de Solución de Diferencias de la OMC (SSD) es el mecanismo especializado creado por el acuerdo de Marrakech para afrontar los conflictos comerciales ligados a los acuerdos administrados por la organización. Es, a la vez, uno de los pocos organismos internacionales especializados con capacidad para garantizar el cumplimiento de sus decisiones mediante mecanismos de coerción económica como concesiones o retaliaciones¹. Su existencia se remonta a la creación misma de la OMC y su creación obedece a lo previsto en el anexo II de su tratado constitutivo.

Sin embargo, la solución de diferencias de orden comercial a escala multilateral no es algo enteramente nuevo. En realidad, el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT) previo a 1994 contó con un mecanismo de solución de controversias que vivió varias etapas y alcanzó a conocer cerca de 300 casos relacionados con el incumplimiento o las discusiones de interpretación relativas a este. Se caracterizaba por sus dos fases: una de acercamiento directo de tipo conciliatorio y otra mediada por los conocidos como grupos de trabajo o especiales. En el primer caso estaban integrados por representantes de los estados y en el segundo por especialistas en el objeto de la controversia. En ambos se emitían recomendaciones al Estado infractor (Sorel, 2004).

El mecanismo en cuestión, sin embargo, fue altamente cuestionado por varias razones. Entre otras, porque las decisiones emitidas por el organismo no eran siempre respetadas por los estados.

¹ Según Petersman, citado por Altston, una de las importantes particularidades del SSD remite a su "unique compulsory settlement and appellate review system, and its compulsory guarantees of access to domestic courts" (Alston, 2002).

En realidad, el cumplimiento descansaba en su voluntad y al fin de cuentas en sus intereses (Hudec, 2002)². Con todo, llegar a una decisión no era fácil, igualmente por varios factores: (1) No había plazos fijos para el desarrollo de un procedimiento³; (2) Según la reglamentación prevista para aquel momento, los países podrían vetar la toma de una decisión que los desfavoreciera teniendo en cuenta el mecanismo de consenso afirmativo incorporado (Hudec, 2002); (3) Finalmente, el mecanismo carecía de recursos de apelación y adicionalmente no preveía tratamiento especial alguno para los países en desarrollo (Bown, 2010).

Las anteriores limitaciones y el hecho de que la nueva OMC no solo iba a conocer los conflictos ligados con el GATT sino todo lo relacionado con los nuevos tratados multilaterales, aunadas a la presión de los Estados Unidos y de Europa, facilitaron la introducción del mecanismo de solución de controversias de esta organización mundial. El mismo quedaría expresado en el memorando de acuerdo sobre reglas y procedimientos que rigen la resolución de litigios, que conforma el anexo dos de la carta de la OMC.

El presente artículo aborda una propuesta de caracterización del mecanismo de solución de controversias antes anotado. Dada su renovación frente al del GATT, es fundamental identificar qué aspectos cualitativos de fondo permiten identificar el SSD. En tal sentido, se pretende establecer los principios que estructuran y organizan este mecanismo. El tema se abordará en dos partes. En la primera, se analizarán las pretensiones de fondo del mecanismo de solución de diferencias. En la segunda, se identificarán y desarrollarán las características.

OBJETIVOS DEL SSD: DE LA SEGURIDAD JURÍDICA AL CONSTITUCIONALISMO GLOBAL

El Sistema de Solución de Diferencias de la OMC (SSD), según el artículo 3 que lo rige, ha sido concebido en torno a tres objetivos fundamentales: 1. Ofrecer seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio, lo cual debe entenderse como garantizar el mantenimiento de un tipo de orden comercial expresado en los acuerdos administrados por la organización; 2. Preservar los derechos y obligaciones de los estados miembros en todos los acuerdos abarcados administrados por la OMC, y 3. Aclarar las disposiciones

² "Ultimately, the compliance decisions of governments are determined more by calculated self-interest than by force" (Hudec, 2002).

³ "Transcurrían en promedio 14 meses y medio entre la denuncia y la adopción del informe, y 13 meses entre la conformación del grupo especial y la adopción del informe" Sorel (2004).

vigentes de dichos acuerdos de acuerdo con las normas del derecho internacional público. Planteado en otros términos, el SSD fue creado con la pretensión de dar seguridad jurídica respecto del orden comercial internacional representado en los acuerdos abarcados, permitir la defensa de derechos reconocidos en el anterior orden e interpretar aquellas normas que puedan estar asociadas a un conflicto.

Las funciones formales del SSD antes enunciadas han sido valoradas de manera política por distintos autores que desde orillas analíticas han coincidido en plantear que la OMC y su mecanismo de solución de controversias forman parte de un tipo de constitucionalismo global relacionado con el comercio internacional. Al respecto se pueden encontrar, entre otras, tres perspectivas que coinciden al sostener que todo el entramado institucional de la OMC conforma un marco de límites a la acción del Estado-nación y una enunciación de derechos de libertad de orden transnacional, lo cual implica reconocerle un carácter de tipo constitucional.

La primera de ellas es la enunciada por Petersman, exdirector jurídico de la OMC, quien plantea que los acuerdos administrados por esta organización, incluido el SSD, tienen carácter constitucional en la medida en que significan precompromisos adquiridos por los gobernantes de los estados a fin de impedir el accionar de grupos de interés nacionales dirigidos a obtener ventajas de diverso tipo. Dado que los estados suscriben tratados y en el caso de la OMC su cumplimiento está mediado por la intervención potencial del SSD y un marco de sanciones, los políticos encuentran serias dificultades de orden internacional para atender a las presiones de grupos de interés nacional interesados en favores o protecciones⁴. Técnicamente los costos de atender las demandas nacionales son muy altos debido a sus efectos internacionales:

La principal función del GATT como sistema de reglas no consistía en resolver los conflictos de intereses entre estados sino en resolver conflictos de intereses dentro de ellos [...] La función del GATT era, por tanto, ser el “palo de mástil” al que los gobiernos pueden atarse para no sucumbir al canto de sirenas de los grupos de presión. (Zapatero, 2003)⁵.

⁴ “The WTO constitutional function is viewed in terms of a pre-commitment by which politicians tie their hands in such a manner as to resist the depredation of economic rights by domestic interest groups that demand rent-conferring interventionist and protectionist government” (Howse et al, 2003).

⁵ “A government acting in the public interest may make effective pre-commitments at the international level that tie its hands; these pre-commitments impose a new set of costs (retaliation from trading partners, in particular) on giving in to rent-seeking demands for protection” (Howse et al, 2003).

Otro ámbito de análisis es el planteado por Cottier, quien sostiene que en particular el SSD cumple funciones constitucionales de orden global en la medida en que, al resolver conflictos, opta por principios diferentes, sean en el ámbito del comercio o por fuera de él como los relacionados con el medio ambiente, los derechos humanos, etc. En esta tarea busca defender un orden constitucional inspirado en la libertad de comercio internacional⁶:

La segunda variante del constitucionalismo de la OMC es filosófica o ideológicamente modesta. Esta variante identifica su constitucionalismo con la adjudicación de valores sobre la competencia para la solución de diferencias en la OMC. Un balance entre, dice, libre comercio y protección a la salud y seguridad del hombre, tiene que ser discutido a la luz de la “constitución” de la OMC, los principios de la liberalización del comercio han sido más adoptados en las normas constitucionales nacionales que en el marco de un derecho internacional. (Howse et al, 2003. Traducción propia).

La tercera y última posición desde una perspectiva crítica, a diferencia de las arriba indicadas, es la de Jayasuriya, según la cual el SSD fue creado con la intención de brindar estabilidad a un marco de reglas de juego internacionalmente construidas, dirigidas a establecer “la pretensión de tratar el mercado como un orden constitucional con sus propias reglas, procedimientos e instituciones y que opera para proteger el orden mercantil de interferencias políticas” (Jayasuriya, 2002). Visto en estos términos, el SSD busca mantener el orden del comercio multilateral lo menos influido por interferencias políticas que lo afecten y para ello existe un procedimiento de solución de controversias que puede en última instancia apelar a mecanismos de coerción. Por tanto, al margen de sus objetivos declarados, el SSD debe analizarse en una clave más política relacionada con un tipo de globalización por algunos denominada neoliberal.

La discusión sobre el carácter constitucional de la OMC y del SSD en una clave global, sea por el lado de los defensores de la misma o de sus críticos, es importante en la medida en que ubica la discusión sobre la existencia y funcionamiento de estos organismos a partir de categorías analíticas que permiten complejizar el mero formalismo explicitado en la carta constitutiva del SSD. Así, este no

⁶ “Finally, there is a progressive view of WTO constitutionalism that sees the WTO has transforming itself into a socially just global economic government, by assimilating social and environmental governance into its institutions” (Howse et al, 2003). Este tema de las relaciones entre libre comercio y otros ámbitos del derecho internacional se verá con detalle en la parte de acceso según materia de este documento.

existe meramente para resolver conflictos de diverso orden atados a los acuerdos abarcados administrados por la OMC. En realidad, su intencionalidad política de fondo es generar un referente de normas de tipo constitucional global que limitan el accionar del Estado, sea para evitar la influencia de grupos de presión, para defender el libre comercio como libertad fundamental de la globalización o para reificar al mercado global como orden sin interferencias políticas.

La coincidencia sobre este carácter constitucional, sin embargo, afronta dos importantes críticas que deben tenerse en cuenta en la discusión. Por un lado, otorgarle el carácter constitucional a normas relacionadas con la OMC debe implicar la objeción sobre su origen no democrático. Si bien los estados representan a sus poblaciones, esto parece válido en cuanto a la suscripción de un tratado pero no de la creación de un referente constitucional de tipo global que precisa de legitimidad democrática directa. Por otro, asumir los acuerdos de la OMC como referente constitucional es asumir su carácter monolítico o semicerrado, situación que rompe con un principio implícito desde el nacimiento del GATT: considerar las normas de comercio internacional como referentes abiertos sujetos a la negociación e interpretación de los estados-nación a través del viejo sistema de rondas y hoy de las conferencias ministeriales⁷.

PRINCIPIOS QUE ESTRUCTURAN EL SSD

Sea en su carácter de resolución de conflictos comerciales internacionales en el marco de funcionamiento de la OMC o como expresión de un derecho constitucional internacional o global, el SDD está enmarcado en un conjunto de principios que lo estructuran de manera particular. Se entienden por estos los puntos de partida que deben caracterizar el funcionamiento del mecanismo y que por esta vía buscan garantizar los objetivos básicos antes identificados. Por tanto, aquí no se pretende hacer una presentación detallada del procedimiento y sus etapas. En relación con los principios, haremos especial referencia solo a aquellos centrales para entender la lógica de funcionamiento del SSD.

⁷ “Third, by characterizing the WTO treaty system as a constitution, one transforms its character from that of a complex, messy negotiated bargain of diverse rules, principles, and norms into a single structure. Individual elements become less easily contestable. The WTO becomes reified as something one is either for or against. We argue that the legitimacy of the multilateral trading order requires greater democratic contestability and a more inclusive view of those who are entitled to influence the shape of the system. “Constitutionalization” of the WTO will only exacerbate the legitimacy crisis or constrain appropriate responses to it” (Howse et al, 2003).

Principio de exclusividad

Un país miembro solo puede solucionar los conflictos comerciales relacionados con los acuerdos abarcados apelando al uso del SSD. Esto quiere decir que no podrá apelar a otros mecanismos institucionales diferentes o paralelos al sistema de solución de controversias institucional (art. 23). Lo anterior, sin embargo, no conlleva obligatoriedad en el sentido en que ningún Estado miembro está en obligación de llevar un caso ante el SSD si a pesar de existir una causa, decide por distintas razones no hacerlo (Sorel, 2004)⁸. Igualmente, aceptar la jurisdicción exclusiva de SSD de la OMC no significa necesariamente optar por la existencia de un grupo especial o panel de expertos pues, como se verá más adelante en detalle, las partes pueden optar por cualquier medio de solución de controversias en cualquier momento luego de que se inicien las consultas (Petersman, 2004).

Ahora bien, este principio no excluye que en la práctica se pueda presentar un mismo hecho con diferentes aristas, en diversas instancias de solución de controversias nacionales o internacionales diferentes al SSD. Para el primer caso, como ocurre en relación con algunos acuerdos de la OMC tales como los relativos a medidas antidumping, propiedad intelectual y subvenciones, los tratados exigen brindar recursos judiciales nacionales para cuestionar alguna norma contraria a los tratados internacionales. Este no constituye requisito para que proceda el accionar del SSD y en tal sentido se puede generar igualmente un proceso de orden internacional sobre el mismo tipo de diferencia, lo cual conlleva un paralelismo entre el accionar nacional y el internacional (Petersman, 2004).

Aún más a escala internacional, un mismo hecho puede generar el conocimiento de diversas instancias internacionales. Por ejemplo, las medidas de Chile en contra de barcos europeos por exceso de pesca del pez espada fue desafiada por la UE ante la OMC, mientras el país austral denunció a aquella ante el Tribunal del Mar. El mismo hecho terminó siendo valorado de distintas maneras. Para la UE la acción de Chile violaba el GATT mientras para este país la acción europea violentaba la convención del mar. En tal sentido, como bien plantea Petersman:

⁸ “As a means of ruling out unilateral measures, Article 23 of the DSU was drafted so that, when they become WTO Members, states, in advance of any dispute, renounce the use of unilateral trade countermeasures other than in conformity with WTO law, and provide WTO adjudicating bodies with the exclusive jurisdiction to address violations of WTO provisions” (Marceau, 2002).

Ni el SSD (por ejemplo el artículo 23 sobre jurisdicción exclusiva de la OMC en diferencias sobre el derecho de esa organización) ni las normas del derecho internacional general [...] parecen interferir con el inicio de procedimientos simultáneos o sucesivos de solución de diferencias ante la OMC y la Corte Internacional de Justicia por reclamaciones distintas aunque jurídicamente relacionadas (Petersman, 2004)⁹.

La principal consecuencia de este paralelismo es la real y potencial incoherencia o tensión entre decisiones proferidas por diversas instancias de solución de controversias, lo cual redundaría en una situación de inseguridad jurídica. Dado lo excepcional del uso de la justicia internacional, la anterior situación no se ha presentado en muchas ocasiones.

Principio de subsidiariedad

El mecanismo de resolución de controversias en su parte de grupo especial actuará en subsidio o ausencia de un acuerdo entre las partes. De hecho, durante todo el procedimiento del SSD podrá ser posible apelar a una solución amistosa directa o indirecta. En tal sentido, el mecanismo estudiado promueve de manera permanente la búsqueda de acuerdos antes de que el establecimiento de una decisión basada directamente en la aplicación del derecho al caso concreto (Sorel, 2004).

Principio de actos no contenciosos

El mecanismo funciona a partir de considerar que no es necesario probar la existencia de un perjuicio para identificar la existencia de un conflicto. Como bien plantea Sorel, “se prohíbe que el Estado se valga del hecho de que su medida no produce efectos desfavorables y puede ser mantenida en cuanto no contraviene los principios”. Adicionalmente, se plantea el compromiso de los estados involucrados en un conflicto de actuar de buena fe.

⁹ Según Hudec, esta sería la razón fundamental para ir en contra de un tratamiento especial y diferenciado a los países en desarrollo que al poder marginarse de alguna manera de la disciplina ofrecida por la OMC pueden terminar cediendo a sus grupos de presión: “The key mechanism for change (and adopting the “real” MFN prescription) would be the use of GATT, and its coercive elements, to make it easier for leaders in developing countries to resist pressures for inefficient forms of protection. However, the preferential treatment afforded to developing countries in the GATT system undermined these incentives” (Trubek, 2009).

Principio de aplicación del derecho

La creación del SSD significó un giro cualitativo en lo que concierne a la fórmula para la solución de una diferencia comercial en el marco de la OMC. Mientras en el viejo GATT primaba una dinámica diplomática en la que el tratamiento del conflicto estaba sujeto a criterios políticos o en general no jurídicos (*power oriented*), en el SSD se optó por establecer un sistema orientado y regido por normas (*rule oriented*)¹⁰. En otras palabras, el sistema de la OMC busca defender la aplicación de las normas del comercio internacional asociadas a este organismo apelando a un tratamiento cuasijudicial. Esto quiere decir que el conflicto, en última instancia, pretende resolverse apelando a la aplicación procedimental de normas sustantivas por un cuerpo especializado de índole técnica llamado grupo especial¹¹. Lo anterior forma parte de un proceso más amplio de lo que se conoce como la “legalización” de la OMC, por la cual las normas se hacen más precisas, las obligaciones más vinculantes y los procedimientos claros y sujetos a plazos (Shaffer, 2008)¹².

El paso de un sistema basado en la diplomacia a otro más legalista y cuasijudicial no ha ocurrido sin polémica. Si bien, como anota Trubek, existe un proceso de legalización general de la vida internacional, esta no ocurre en los términos del derecho interno pues en general el derecho internacional y global tiende a caracterizarse por normas más abiertas y flexibles que les confieran cierta capacidad de acción a los estados (Trubek, 2009).

¹⁰ En la literatura especializada existe una discusión acerca de hasta qué punto en el mecanismo del GATT se dieron avances a favor de un sistema orientado por reglas y no meramente político. Algunos como Zimmerman sostienen que esta fue la realidad (“Periods of law-abidance and legal enthusiasm alternated with periods of resignation and a dominance of political power-play”, Zimmerman, 2005). Otros, como Sorel, sostienen que la gran dificultad del anterior sistema fue su excesiva politización.

¹¹ “WTO dispute settlement system as one that involves legal “rights,” as opposed to an extension of a diplomatic process for the negotiation and “rebalancing” of reciprocal state-to-state trade concessions” (Shaffer, 2003).

¹² Según Villamarín, una fuerza importante detrás de la legalización fueron los Estados Unidos, mientras Europea prefería el mantenimiento de un sistema más ligado a la diplomacia: “Por otro lado, hay que recordar que la reforma intentada en la Ronda de Tokio tuvo su origen en la falta de acuerdo entre la actitud clásica europea y la tradición estadounidense. Pues mientras la primera era tributaria de una solución mixta “reglas negociaciones” la segunda visión era más “legalista”. De allí, que este país fuera el principal impulsor de la transformación del sistema del GATT, para volverlo más adjudicativo, y para incorporar a la OMC ciertos elementos ausentes en el GATT” (Villamarín, 2004).

En otro plano de la discusión, los defensores de la legalización lo ven como un gran paso para permitir un ambiente predecible en la medida en que existen reglas claras y su interpretación para los casos de conflicto es ante todo técnica. Por su parte, los cultores de una aproximación diplomática plantean que el sistema legalista facilita que un órgano como el SSD termine hiperjudicializando el funcionamiento de la OMC al interpretar acuerdos que son por definición abiertos y, hasta cierto punto, ambiguos. De esta manera, un ente técnico puede terminar afectando la capacidad de acción de los estados expresada a la hora de negociar los tratados. Finalmente, la legalización le quita flexibilidad a las normas internacionales al someterlas a una argumentación técnica mas no diplomática (Lawrence, 2007; Trubek, 2009)¹³.

Principio de reconocimiento del derecho internacional público

En la aplicación del derecho de la OMC vía el SSD y para complementar lo pertinente a aquel, se apelará a las normas usuales del derecho internacional público. Esto significa que se tendrán en cuenta fundamentalmente las normas de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, particularmente lo referenciado en los artículos 31 y 32. Visto en un sentido más amplio, se parte del hecho de que el derecho del comercio internacional administrado por la OMC debe interpretarse, al menos para sus vacíos, en relación con otros ámbitos del derecho internacional. Como se verá, este principio será de especial utilidad para aquellos que plantean que el SSD de la OMC tiene compromisos serios en materia de respetar normas de derecho internacional como las de derechos humanos o medioambiente.

Principio de la doble instancia

Toda decisión del SSD puede ser apelable por las partes en litigio ante el órgano de apelación. Este recurso, que es propio de las jurisdicciones internas y de hecho es considerado como una garantía procesal, es por lo general ajeno al ámbito de la solución de conflictos internacionales. En líneas generales, la justicia internacional no reconoce la posibilidad del recurso de apelación frente a sus decisiones. De manera excepcional, el SSD sí lo hace. Por esta vía se da una doble garantía a las partes sobre el tratamiento de un caso. Adicionalmente, si bien el memorando que rige al SSD no establece que los precedentes

¹³ “They fear that since the rules are often unclear, there could be excessive judicial activism on the part of the panels, which inevitably try to fill in the gaps and deal with the ambiguities created by negotiators. Such actions, they argue, could undermine national democratic decision-making and lead to rules written by panelists rather than agreed to by the United States” (Lawrence, 2007).

son vinculantes, es claro que en la práctica el órgano de apelación aplica alguna forma de *stare decisis*¹⁴ (Trogolo, 2007).

Principio de confidencialidad

El procedimiento reglado, propio del sentido legalista identificado, está caracterizado transversalmente por la confidencialidad. Desde la etapa de consultas hasta los alegatos, pasando por los informes de los grupos especiales, las sesiones de estos y del órgano de apelación, todas se consideran totalmente confidenciales, en algunos casos para las mismas partes, y en todos para aquellos ajenos a la causa. Es claro que esta confidencialidad se morigeró a la hora en que la recomendación del grupo especial es adoptada por el SSD en pleno. En la práctica, este principio se ha moderado mediante la apertura que algunos países, en especial los desarrollados, han hecho unilateralmente de este tipo de información¹⁵ (Gao, 2006).

Principio de coercibilidad

Las decisiones obtenidas como producto del SSD, en su fase de grupo especial o en el órgano de apelaciones, son de obligatorio cumplimiento para las partes directa o indirectamente ligadas a la cuestión. Lo anterior se desdobra en dos elementos. Por un lado, según los principios del derecho internacional público, las normas internacionales y las decisiones en torno de ellas son obligantes bajo el principio de buena fe. Por otra, y aquí parte de la innovación del SSD, en caso de que lo anterior no se cumpla, los afectados pueden acudir a mecanismos de coerción económica tales como la obtención de concesiones y las retaliaciones, previa autorización del mecanismo de solución de controversias. La idea de esto fue romper la dinámica heredada del GATT, según la cual la obediencia a una recomendación quedaba en manos del país “condenado”. Por esta vía y como ya se estableció, el SSD de la OMC adquiere claramente un conjunto de poderes supranacionales.

¹⁴ “In practice, however, precedents are actually given great weight, and panel and Appellate Body reports refer frequently and deferentially in many footnotes to the reasoning contained in other reports. The Appellate Body plays a particularly important oversight role in disciplining judgments and ensuring their consistency. Thus, de facto, the DSU has established something approaching a common law system” (Lawrence, 2007).

¹⁵ “Even though the proceedings of the Panel and AB are still mostly confidential, party submissions in WTO disputes are now confidential in name only. The most active participants in the WTO dispute settlement system, such as the US, EU, Canada and Australia, have all made their submissions available to the public under the provision in Article 3 of Appendix 3” (GAO, 2006).

CONCLUSIONES

La discusión sobre el carácter constitucional de la OMC y del SSD en una clave global, sea por el lado de los defensores de la misma como de sus críticos, es importante en la medida en que ubica la discusión sobre la existencia y el funcionamiento de estos organismos a partir de categorías analíticas que permiten complejizar el mero formalismo explicitado en la carta constitutiva del SSD. Así, este no existe meramente para resolver conflictos de diverso orden atados a los acuerdos abarcados administrados por la OMC. En realidad, su intencionalidad política de fondo es generar un referente de normas de tipo constitucional global que limitan el accionar del Estado, sea para evitar la influencia de grupos de presión, para defender el libre comercio como libertad fundamental de la globalización o para reificar al mercado global como un orden sin interferencias políticas.

De acuerdo con la anterior u otras consideraciones, la introducción del SSD de la OMC constituyó un importante salto en materia de solución de conflictos comerciales de tipo multilateral. Esto se puede sostener si se toman en cuenta sus antecedentes y en tal sentido se puede establecer que aquel significó un giro en materia de: 1) Legalización del proceso de solución de controversias en contraste con la anterior dinámica político-diplomática; 2) Establecimiento de un procedimiento reglado sujeto a plazos fijos, el cual superó la laxitud del anterior sistema; 3) Posibilidad de apelar las decisiones de los grupos especiales, tema totalmente ausente bajo el GATT, y 4) Coercibilidad mediante mecanismos concretos de presión sobre el país¹⁶. Adicionalmente, se eliminó el poder de veto de los estados que afectaba la posibilidad de llegar a soluciones firmes bajo el sistema anterior a la OMC (Bown, 2003; Allee, 2004)¹⁷.

¹⁶ “Compared to the GATT mechanism, the WTO dispute settlement mechanism: a) establishes a faster timeline for dispute settlement, b) guarantees states the right to raise complaints before an international judicial panel and to receive panel rulings, c) allows states to appeal panel rulings before a standing Appellate Body, and d) authorizes retaliatory sanctions in the event a defendant fails to comply with a panel ruling” (Allee, 2004).

¹⁷ Sobre la relación entre el viejo sistema GATT y el SSD existe una discusión entre los especialistas acerca de si el cambio de uno por otro fue cualitativamente superior y en tal sentido diferente. Sin embargo, para la mayoría de la literatura, el sistema OMC descansa en buena parte en las claves estructurales del heredado del GATT: Zimmerman, citando Hudec sostiene “ que no hay que ser tan exagerados en establecer diferencias tajantes entre el mecanismo de solución de controversias del antiguo GATT y el actual, ya que el papel del bloqueo de cualquier modo, no fue tan importante en el primero. Más bien, el sistema antiguo se debe ver más como un instrumento judicial que dejó instituidas las bases fundamentales del actual sistema de la OMC” (Zimmermann, 2005).

REFERENCIAS

- ALLEE, T. (2004). *Developing Countries and the Initiation of GATT/WTO Disputes*. Annual Meeting of the American Political Science Association, Chicago. Disponible en http://www.allacademic.com/meta/p59883_index.html. Recuperado el 26 de mayo de 2009.
- ALSTON, P. (2002). "Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann". The Jean Monnet Programme, *Jean Monnet Working Paper 12/02*. New York: New York University School of Law. [En línea]. *European Journal of International Law*, 13 (4): 815-844.
- BOWN et al. (2005). "WTO Dispute Settlement and the Missing developing Country Cases: Engaging the private sector". *WTO Dispute Settlement and Developing Countries: use, implications, strategies, reforms*. University de Wisconsin, Madison, del 20 al 21 de mayo de 2005.
- GAO, H. (2006). *Amicus Curie in Dispute WTO Dispute Settlement: Theory and Practice*. China Rights Forum, 1.
- HOWSE, R. (2003). "Enhancing WTO Legitimacy: Constitutionalization or Global Subsidiarity?". *Governance*, 16 (1): 73-94.
- HUDEC, R. (2002). "The Adequacy of WTO Dispute Settlement Remedies: A Developing Country Perspective". En B. Hoekman, A. Mattoo, P. English *Development, Trade and the WTO*. Washington, D.C.: World Bank.
- JAYASURIYA, K. (2002). "Globalization, Sovereignty and the Rule of Law. From political to Economic Constitutionalism? *Constellations*, 8 (4).
- LAWRENCE, R. (2007). *The United States and the WTO Dispute Settlement System*. New York: Council on Foreign Relations.
- MARCEAU, G. (2002). "WTO Dispute Settlement and Human Rights". *European Journal of International Law*, 13 (4).
- PETERSMAN, E. (2004). "La proliferación y fragmentación de los mecanismos de solución de controversias en el comercio internacional: los procedimientos de solución de diferencias en la OMC y los mecanismos de solución alternativa de controversias". En Lacarte et al (Ed.). *Solución de controversias comerciales intergubernamentales*. Washington: BID.
- SHAFER, G. et al. (2008). "The Trials of Winning at the WTO: What Lies Behind Brazil's Success". *Cornell Int'l L.J.*, 41, 383 (Summer).
- SHAFER, G. (2003). "How to make the WTO Dispute Settlement System Work for Developing Countries: Some Proactive Developing Country Strategies. *ICTSD Resource*, 5.
- SOREL, M. (2004). *Resolución de litigios en la OMC*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina.

- TROGOLO, C. (2007). *El sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio. Obstáculos a la participación efectiva de los países en desarrollo y evaluación de los proyectos de reforma del sistema*. Tesis de maestría. Buenos Aires: Flacso.
- TRUBECK et al. (2009). "Robert Hudec and the Theory of International Economic Law: The Law of Global Space". Trachtman and Thomas (eds.). *Developing Countries in the WTO Legal System*. Oxford.
- VILLAMARÍN, J. (2004). El mecanismo de diferencias en el sistema GATT/OMC. La práctica latinoamericana y la internalización del modelo. Biblioteca digital andina. [En línea]. Disponible en: <http://www.comunidadandina.org/bda/docs/CAN-INT-0020.pdf>
- ZAPATERO, P. (2003). *Derecho del Comercio Global*. Madrid: Thomson, Civitas.
- ZIMMERMAN, T. (2005). *The Reform of the DSU*. Londres: Cameron May.

Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Acceso y eficacia: algunas restricciones

ANA LUCÍA MAYA AGUIRRE*

Recibido: 1 de abril de 2011 - Aprobado: 15 de mayo de 2011



RESUMEN

El presente artículo aborda las restricciones de acceso y eficacia más relevantes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). También identifica algunas de las propuestas que se han hecho al respecto, con el fin de fortalecer el Sistema. Estas restricciones se concretan principalmente en ausencias normativas, fallas estructurales y aspectos políticos. Además de tener implicaciones jurídicas, plantean cuestionamientos políticos en relación con el papel de la Organización de Estados Americanos (OEA) y su contribución con la vigencia de los derechos humanos en el continente. El artículo hace énfasis en: los factores estructurales relacionados con el papel de la OEA, que dificultan un mejor funcionamiento del Sistema; los aspectos relacionados con el funcionamiento del mismo, particularmente, con el papel de la Corte Interamericana; y las dificultades para la eficacia de éste por la falta de cumplimiento de las decisiones.

Palabras claves: Sistema Interamericano de Derechos Humanos, restricciones, acceso efectivo.



ABSTRACT

The present article approaches the access restrictions and the efficacy of the Human Rights Interamerican System (HRIS). It also identify some of the proposals that have been made about it, with the final intention of strengthen the System. Mainly, these restrictions materialize at absences regulations,

* Abogada y especialista en derecho constitucional de la Universidad Nacional de Colombia. Investigadora del Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos (ILSA). Sus áreas de investigación son desplazamiento forzado, Sistema Interamericano de Derechos Humanos, políticas públicas y derecho a la participación. E-mail: almayaa@unal.edu.co.

structural failures, and political aspects. Besides legal implications, there are political questions about Organization of American States' (OAS) role and its position, and its contribution to the validity of human rights in the continent. The article emphasizes: the structural factors related to the OAS role, which obstructs a better System performance; other aspects related with it, especially with the Interamerican Court role; and the difficulties on the System efficacy, related to the lack of making decisions.

Keywords: Inter-American Human Rights System, restrictions, effective access.

INTRODUCCIÓN

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos¹ es un conjunto de normas, principios e instituciones cuya finalidad es la protección de los derechos humanos en el continente, en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA). Este Sistema no ha permanecido estático. Con el paso de los años ha venido adaptándose al contexto social, económico y político regional. Así mismo, este escenario ha sido capaz de resolver los reclamos de las víctimas que no encuentran respuesta adecuada a sus demandas en los países.

El SIDH se destaca entre los sistemas de protección por sus avances jurisprudenciales y las elaboraciones conceptuales, a través de las opiniones consultivas y el conocimiento de los casos, que ha venido aumentando de modo considerable. No obstante, un incremento en la actividad del Sistema de protección no implica, necesariamente, un aumento en la protección de los derechos humanos. El Sistema tiene algunas restricciones que, en la práctica, dificultan el acceso de las víctimas, y que deben ser atendidas para garantizar efectivamente los derechos.

Según Ariel Dulitzky, la falta de presupuesto, de cumplimiento de las decisiones y de ratificación universal de los tratados interamericanos de derechos humanos constituyen los tres problemas estructurales del Sistema (Dulitzky, 2007, 32). A esto se suman algunos problemas relacionados con el funcionamiento de los órganos del Sistema y la falta de acción permanente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos² (Cavallaro y Brewer, 2008, 778).

Además, si el acceso a la justicia en los casos concretos presenta fallas, el SIDH no cumplirá con otra de sus funciones principales, influir

¹ En adelante, SIDH, el Sistema o el Sistema Interamericano.

² En adelante, Corte IDH, la Corte Interamericana o la Corte.

en situaciones generales de violaciones de derechos humanos, dado que la eficacia del Sistema no se agota en la resolución de casos que pueden ser de su conocimiento, sino que debe tener un efecto reflejo en la situación de los derechos humanos en el continente (Cavallaro y Brewer, 2008, 795).

La exposición de estas restricciones no representa de ninguna manera un desconocimiento de los importantes avances que en materia de protección de derechos humanos se han dado por influencia del SIDH. La elaboración de un documento con dicha información desbordaría con creces este artículo.

El objetivo de este artículo es establecer lo que, en opinión de la autora, es el marco de restricciones principales para el acceso al SIDH y su eficacia, e identificar las propuestas que se han hecho al respecto, con miras a fortalecer el sistema. Con tal fin, el texto se divide en cuatro partes: primero se abordan los factores estructurales relacionados con la OEA, que dificultan el funcionamiento del sistema; posteriormente se presentan los factores relacionados con el funcionamiento del sistema; en seguida se abordan las dificultades para la eficacia del sistema por la falta de cumplimiento de las decisiones, y, finalmente, se exponen algunas consideraciones finales.

FACTORES ESTRUCTURALES DE LA OEA QUE DIFICULTAN EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

El SIDH requiere que algunos aspectos sean revisados por la OEA. De lo contrario, no se podrá alcanzar un mayor grado de eficacia en la protección de los derechos humanos. Pese a los importantes avances del sistema en materia de protección de derechos humanos, representado, al menos, en un mayor compromiso de los Estados, la ratificación de los instrumentos de protección y la justicia en casos particulares, sigue siendo un sistema con posibilidad y necesidad de mejorar.

Sin embargo, la OEA no está desempeñando un papel decisivo en el fortalecimiento del sistema, lo cual, además de las implicaciones jurídicas en los Estados, plantea cuestionamientos políticos en relación con el propósito de la organización y su contribución a la vigencia de los derechos humanos en el continente.

En relación con este tema, se abordan los siguientes aspectos: la ausencia de reconocimiento del tema de derechos humanos y de destinación presupuestal para el funcionamiento de los órganos del

sistema por parte de la OEA, y la falta de aceptación de la Corte IDH como órgano principal de la OEA.

Falta de reconocimiento del tema de los derechos humanos en la OEA

A pesar de la existencia de un sistema de protección, de resoluciones de la Asamblea General sobre temas centrales de los derechos humanos y de declaraciones públicas de los jefes de Estado que comprometen esfuerzos para la vigencia de los derechos humanos en el hemisferio, la OEA no contempla entre sus propósitos esenciales la garantía, defensa o promoción de los derechos humanos (Dulitzky, 2007, 35). Normativamente, la Carta de la organización, en el artículo dos, no incluye en sus prioridades políticas este tema.

La OEA debería impulsar el compromiso de los Estados miembros en la suscripción de tratados internacionales, el reconocimiento de la competencia de la Corte IDH y la eficacia de las decisiones proferidas por los órganos del sistema (Dulitzky, 2007, 36). Tal como ocurre con otros temas, la organización debería contemplar un sistema de incentivos y sanciones cuando los Estados no cumplan con los compromisos adquiridos en el marco del SIDH.

Por otra parte, la Carta Democrática Interamericana contempla la generación y activación de los mecanismos de protección institucional de la democracia (artículos 18 y 20). Con todo, no se contempla la posibilidad de que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³, como órgano encargado de la promoción y vigilancia de los derechos humanos en el continente, pueda activarlos. La OEA debería permitirlo para que el análisis de la democracia en los países americanos se hiciera desde la perspectiva de tales derechos (Dulitzky, 2007, 35).

Adicionalmente, se debería explorar la posibilidad de establecer un organismo político que pudiera sancionar a los Estados por sus incumplimientos o tomar medidas diplomáticas en relación con ello, lo cual constituiría un verdadero avance en la protección de los derechos humanos en la región.

En conclusión, el reconocimiento jurídico de los derechos humanos como prioridad de la OEA, así como la dotación de mayores herramientas a los órganos del sistema, harían más viable la vigencia de los derechos humanos y la eficacia del sistema de protección.

³ En adelante, CIDH, Comisión Interamericana o Comisión.

Falta de presupuesto de la OEA

Los recursos destinados por la OEA para el funcionamiento de los órganos del sistema no han crecido proporcionalmente a la demanda. Los problemas relacionados con la congestión y demora en la resolución de los casos se deben, en gran parte, a la escasez presupuestal de los órganos del sistema. Este tema ha sido abordado recurrentemente en la agenda de la organización por parte de la Comisión Interamericana y la Corte, para obtener un incremento acorde con sus respectivas necesidades (Sánchez, 2009, 113).

Las cuestiones presupuestales de la Corte tienen relación directa con la necesidad de funcionamiento permanente e implementación de mecanismos de seguimiento, lo cual requiere recursos suficientes (Ventura, 2005). El acceso de las víctimas al sistema no solo depende del cumplimiento de las actividades que la Corte, como órgano jurisdiccional del SIDH, pueda cumplir, sino que necesita de un sistema de recursos suficientes y sostenibles que respalde su actividad (Cavallaro y Brewer, 2008, 782).

Concretamente, un presupuesto escaso tiene repercusión, por lo menos, en tres aspectos importantes: la disponibilidad de personal; la sustanciación de los casos, y la duración de la resolución de los casos (Goldman, 2009, 882-883). Sobre el primer punto, cabe señalar que las dos terceras partes del presupuesto de la CIDH se invierten en personal (salarios) (Goldman, 2009), pese a que este no es suficiente para atender la demanda de trabajo. Respecto de la tramitación de los casos, la escasez de recursos conduce a que los órganos del SIDH no puedan reunirse con suficiente frecuencia para darles curso (Grossman, 2009, 1281). Incluso la falta de presupuesto del sistema de protección de los derechos humanos puede conducir a una reducción de actividades del sistema, a un colapso del este, y por esa vía, al incumplimiento de su principal propósito en la región.

Ante la carencia del aporte de la OEA, los órganos del sistema se ven en la necesidad de solicitar y recibir recursos provenientes de los Estados y las agencias de cooperación. Si bien estas contribuciones coadyuvan al funcionamiento del sistema, plantean algunos interrogantes sobre la independencia en el funcionamiento de los órganos de este. Si bien no existen evidencias sobre un condicionamiento de la financiación de las actividades de la Corte por parte de los Estados, lo cierto es que un sistema que dependa de la voluntad de una de las partes involucradas en los procesos que se adelantan ante él resulta por lo menos problemática (Cavallaro y Brewer, 2008, 783), por cuanto,

aunque los Estados tienen la obligación de aportar al ser parte de la convención y de la OEA, son a la vez los demandados. Lo mismo ocurre con las fuentes externas del sistema: la ayuda financiera de los donantes suele condicionarse a sus prioridades temáticas, lo cual pone en riesgo la independencia e imparcialidad, y la fijación de una agenda neutral (Filipini, 2008; Cejil, 2008, 10).

En el programa-presupuesto de la OEA correspondiente al año 2010, el área de los derechos humanos recibió US\$6.353.100 provenientes del fondo regular y US\$1.650.500 de los fondos específicos y voluntarios, para un total de US\$8.003.600. Esta suma representa un 4,5% dentro de la asignación a las “áreas pilares” de la organización, que asciende a US\$178.093.300. La distribución total del presupuesto es la siguiente: democracia y gobernabilidad 19,3%, desarrollo integral 26,6%, seguridad multidimensional 16,1%, apoyo a los Estados miembros 11,4%, dirección ejecutiva 5,1%, administración 9,5%, infraestructura y costos comunes 7,6%, derechos humanos 4,5% (Consejo permanente de la OEA et al., 2009; Asamblea General de la OEA, 2009).

Específicamente, para el año 2010 el presupuesto destinado por la OEA para el funcionamiento de la Corte IDH fue de US\$1.998.100. Sin embargo, el costo total de dicho funcionamiento fue de US\$3.783.061.47; es decir, que la organización aportó el 53% de los gastos ordinarios de la Corte (Corte IDH, 2010, 19). El 47% restante fue cubierto por la cooperación internacional, aportes voluntarios de Estados y otras instituciones diversas, cuyas contribuciones se relacionan en el cuadro 1.

Cuadro 1
Contribuciones voluntarias para la Corte IDH en el 2010

Tipo de contribución	Aportante	Valor US\$
Contribuciones voluntarias de los Estados	Gobierno de Costa Rica, según Convenio de Sede	128.392,08
	Gobierno de México	62.500,00
	Gobierno de Colombia	80.000,00
	Gobierno de Chile, a través de su embajada en Costa Rica	10.000,00

Tipo de contribución	Aportante	Valor US\$	
Proyectos de cooperación	a) Fortalecimiento de la acción jurisdiccional de la Corte IDH. Segunda etapa terminó en marzo de 2010	162.330,16 (último giro)	
	Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (Aecid)	b) Proyecto “Fortalecimiento de la implementación efectiva de las decisiones de la Corte IDH”, primera etapa de abril de 2010 a marzo de 2011.	315.000,00 (primer giro)
		Proyecto “Corte itinerante”. Segunda etapa, por terminar en diciembre de 2010.	179.310,20; pendiente de girar 36.259,50
		Ministerio Noruego de Relaciones Exteriores. Programa “Fortalecimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 2010-2012”. Firmado el 25 de febrero de 2010.	636.365,00 (monto para 2010)
Otros aportes	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur).	5.000,00	
	Universidad de Santa Clara (California).	1.600,00	

Fuente: Elaboración propia con base en Corte IDH (2010, 21).

La situación de la CIDH no es diferente. En el año 2010 recibió aporte presupuestal de la OEA por valor de US\$4.509.600. Adicionalmente, la CIDH obtuvo fondos provenientes de contribuciones voluntarias de los siguientes actores: países miembros de la OEA: Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica y Estados Unidos; países observadores que apoyan las actividades de la CIDH: España, Finlandia, Francia, Gran Bretaña, Luxemburgo, Suecia y Suiza; agencias de cooperación: Agencia Canadiense de Desarrollo Internacional, Comisión Europea, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Fondo de Población de las Naciones Unidas, Fundación Sueca para los Derechos Humanos, Save the Children/Suecia y la Universidad de Notre Dame (CIDH, Informe 2010, 108).

En el cuadro 2 se pueden observar los aportes presupuestales hechos por la OEA a los órganos del SIDH en los últimos años.

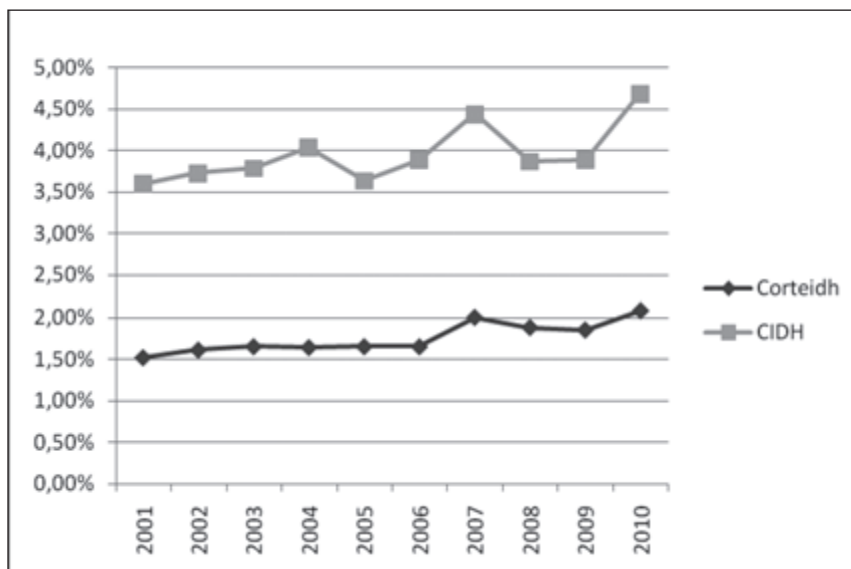
Cuadro 2
Presupuesto destinado por la OEA a la CIDH y a la Corte IDH
(en US\$)

Año	Presupuesto OEA	Presupuesto destinado por la OEA para la Comisión	Porcentaje (%)	Presupuesto destinado por la OEA para la Corte	Porcentaje (%)
2001	84.373.500	3.114.700	3,69	1.284.700	1,52
2002	84.373.500	3.154.500	3,74	1.354.700	1,61
2003	84.437.100	3.200.500	3,79	1.395.036	1,65
2004	84.744.000	3.429.900	4,05	1.391.300	1,64
2005	84.431.500	3.077.800	3,65	1.391.300	1,65
2006	84.141.500	3.274.800	3,89	1.391.300	1,65
2007	82.770.100	3.677.700	4,44	1.656.300	2,00
2008	93.483.100	3.621.300	3,87	1.756.300	1,88
2009	96.122.000	3.746.100	3,90	1.780.500	1,85
2010	96.125.000	4.509.600	4,69	1.998.100	2,08
2011	90.062.200	4.646.700	5,16	2.058.100	2,29

Fuente: Elaboración propia con base en Corte IDH (2010, 20).

Tal como se observa en el cuadro 2, el porcentaje de participación de los órganos del sistema en el presupuesto de la OEA, hasta el 2010, no supera, en ningún año, el 5%. Para el 2011 se proyecta un incremento de US\$60.000 en el caso de la Corte y de US\$137.000 para la CIDH. Así, la CIDH alcanzaría una participación del 5,15% y la Corte del 2,29% en el presupuesto de la OEA. En el gráfico 1 se ilustra esta situación.

Gráfico 1
Evolución de la participación porcentual de la Corte IDH
y la CIDH en el presupuesto de la OEA



Fuente: Elaboración propia con base en Corte IDH (2010, 20).

Si bien el presupuesto destinado a la CIDH y a la Corte IDH por parte de la OEA ha venido creciendo, los recursos siguen siendo insuficientes. Las posibilidades de sometimiento de casos a la Corte han aumentado considerablemente con las reformas hechas a los reglamentos de los dos órganos principales del sistema. En ese sentido, es de esperarse que el trabajo se incremente con el tiempo, lo cual requerirá mayores aportes económicos por parte de la OEA para evitar el colapso del sistema (Cavallaro y Brewer, 2008, 783).

La financiación ha sido discutida en los órganos de la OEA, tanto en el marco de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP), como en reuniones de Estados. En tal sentido, existe un conocimiento de la necesidad e incluso una conciencia de la urgencia de aumentar los recursos. No obstante, esto no se ve traducido en aportes significativos al SIDH (Cejil, 2008, 9). Aunque los incrementos han sido considerables, no solucionan los problemas estructurales del sistema.

Falta de aceptación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como órgano de la OEA

A diferencia de la CIDH, la Corte IDH no está reconocida en la Carta de la OEA. Este es uno de los factores que dificultan en la práctica

un mejor funcionamiento del sistema, un mayor compromiso de los Estados respecto de las decisiones del sistema y su cumplimiento.

La OEA debería reconsiderar este trato hacia la Corte, atendiendo las razones que justifican un cambio de tal naturaleza. En primer lugar, la Corte es el órgano judicial del sistema de protección de los derechos humanos; por ello sus decisiones contenciosas tienen carácter vinculante e inapelable para los Estados. Sin embargo, políticamente no tiene un estatus adecuado en la organización ni dispone de mecanismos para hacer cumplir sus decisiones. En segundo lugar, la Corte no solo es judicial sino que cumple funciones consultivas con capacidad de absolver las inquietudes de los Estados y de algunos órganos de la OEA en relación con las disposiciones de la CADH, y también acerca de la compatibilidad de las leyes de cada país con las normas de derechos humanos del sistema⁴, lo cual justifica un tratamiento acorde con las funciones que cumple, como se hace con la CIDH, el otro órgano principal del sistema (Dulitzky, 2007, 36).

Esta inclusión no es un asunto estrictamente jurídico. Por el contrario, el reconocimiento de la Corte como órgano de la OEA es materia política que daría a la primera la posibilidad de interactuar estrechamente con la Asamblea General y los demás órganos políticos de la organización. La situación actual de la Corte, guardando las proporciones, se asemeja a la de una corte judicial de un Estado democrático, que no goza de reconocimiento como parte de este, lo cual es insostenible.

ALGUNAS RESTRICCIONES RELACIONADAS CON EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA

A continuación se abordan los aspectos relacionados con el funcionamiento del sistema, particularmente con el papel de la Corte IDH, la ausencia de legitimación ante la Corte para las víctimas, los factores de competencia y los procesales, y el costo del litigio.

El papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

A continuación se exponen algunos obstáculos relacionados con el papel de la Corte IDH, en dos sentidos: la necesidad de

⁴ Cabe resaltar que la función consultiva de la Corte IDH es una de las más amplias. Incluso se considera única en el derecho contemporáneo, puesto que presta este servicio a todos los integrantes del Sistema para coadyuvar en el cumplimiento de los derechos humanos, sin someter a las partes a un proceso contencioso.

funcionamiento permanente de la Corte, y la distancia geográfica y práctica del tribunal en relación con el lugar de los hechos.

Necesidad de funcionamiento permanente de la Corte Interamericana

Desde los inicios del funcionamiento de la Corte IDH se ha venido planteando la necesidad de que funcione con carácter permanente. Tal como lo contemplaba el borrador del Estatuto de 1979 propuesto a la Asamblea General, se requiere un tribunal de tiempo completo o la probabilidad de contar con un tribunal cuyos jueces dediquen el 50% de su tiempo. En ese momento la razón que dio la Asamblea General para no aceptar la propuesta fue el elevado costo que podría tener y la necesidad de un número de casos que lo justificara (Buergethal, 1982, 232-233).

El debate sobre el funcionamiento permanente de la Corte IDH no ha salido de la agenda de discusión de las reformas del Sistema. La Corte no sesiona constantemente ni de manera continua, a diferencia, por ejemplo, de la Corte Europea de Derechos Humanos. Tampoco cuenta con el apoyo material y humano necesario para funcionar así. No obstante, actualmente existe un número elevado de casos de conocimiento de este órgano. El costo de sostener un órgano judicial sin carácter permanente se ve reflejado en la falta de celeridad en la tramitación y la resolución de un menor número de casos, lo cual constituye un obstáculo para el acceso material a la justicia (García, 2002, 252).

La Corte debería funcionar permanentemente, tener salas con competencias definidas para evacuar con mayor celeridad los casos (Cançado, 2000). Si dispusiera de suficiente presupuesto para su fortalecimiento podría contar con más abogados, cubrir el costo del litigio y estar en capacidad de fallar un mayor número de casos (Ventura, 2005). De ahí que se justifique una mayor destinación presupuestal que permita, entre otros, el funcionamiento permanente de la Corte.

Localización de tribunales

Las decisiones de los tribunales internacionales de derechos humanos se ejecutan en el ámbito local. Por ello, cuando están alejadas del contexto y de la realidad de cada país pueden ser contraproducentes. En algunos casos, la Corte IDH y la CIDH tienen dos tipos de distancias en relación con los países cuyas situaciones son objeto de su conocimiento: su ubicación geográfica y su lejanía con la cotidianidad real.

En primer lugar, la ubicación geográfica de los órganos del Sistema, que se encuentran en Washington y Costa Rica, acrecienta los costos del litigio, lo cual es un obstáculo (Grossman, 2009, 1281). Por fortuna, recientemente la Corte ha sesionado en diferentes países latinoamericanos por invitación de los propios Estados.

Por otra parte, la Corte IDH está lejos del terreno en el que operan sus decisiones. En general, las cortes supranacionales, por su localización, están inmersas en redes y normas globales, y corren el riesgo de perder el día a día de la realidad (Cavallaro y Brewer, 2008, 817).

Por eso se sugiere que la Corte tenga una mayor conexión con el clima político de los Estados y adecúe el tipo de decisiones que expide, con el fin de evitar una obstrucción del cumplimiento de sus órdenes y la efectividad de los derechos humanos (Cavallaro y Brewer, 2008, 821-822).

Un ejemplo de la distancia entre las decisiones de la Corte y la realidad de los países, fue la orden de reparación emitida en el caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, que consistía en la inscripción de los nombres de las víctimas (en su mayoría guerrilleros de Sendero Luminoso y Túpac Amaru) en un monumento llamado “El ojo que llora”. Esta orden causó resistencia entre la sociedad civil peruana y el aparato estatal porque, por un lado, se trataba de un monumento privado que no podía ser objeto de órdenes dirigidas al Estado y, por otro, las víctimas y sus familiares no consideraron oportuno que los nombres de los victimarios (guerrilleros que en la sentencia son víctimas) aparecieran al lado de los lesionados (Vargas et al., 2007). Tanto el Estado como los familiares y representantes de las víctimas pusieron estas situaciones en conocimiento de la Corte y esta ordenó el cambio de la medida de reparación.

Cuando las órdenes de la Corte no consideran la realidad y el contexto de los países, generan resistencia no solo por parte de los Estados sino del público en general (Cavallaro y Brewer, 2008, 824). Por ello debe establecer un balance entre la verificación de los hechos, un procedimiento provisto de celeridad y los efectos de las sentencias. En otras palabras, maximizar la efectividad de sus órdenes mediante un mayor conocimiento de la realidad política de los Estados en los que operan sus decisiones (Cavallaro y Brewer, 2008, 795).

La ausencia de legitimación por activa *jus standi* de las víctimas ante la Corte es una restricción de acceso al Sistema

Actualmente, en el derecho internacional de los derechos humanos las personas desempeñan un papel protagónico. El ser

humano es un sujeto de derecho internacional, titular de derechos, incluso con capacidad de enfrentarse a un Estado ante una instancia internacional. Las víctimas han transformado su papel de simples espectadores a verdaderos protagonistas. Según Sergio García Ramírez, “De ser sujetos atípicos han devenido *–de jure y de facto–* en típicos protagonistas de relaciones jurídicas gobernadas por el derecho internacional, titulares de derechos sustantivos y procesales” (García, 2002, 231-232).

En el SIDH, la participación directa de la víctima ante este se ha venido transformando favorablemente, sobre todo en relación con el *locus standi*. Sin embargo, persiste una limitación relacionada con la legitimación por activa de las víctimas ante la Corte IDH. La Convención no atribuye un derecho de acción a la víctima ante esta instancia judicial, puesto que solo la CIDH y los Estados pueden someter casos al conocimiento de la Corte (artículo 61.1 de la CADH).

Lastimosamente, esta regulación va en contravía de la legitimación jurídica del individuo en el campo de los derechos humanos, como un verdadero sujeto, dotado de cierta legitimación internacional para la defensa de sus derechos (Salvioli, 1997, 7). Por ejemplo, en el sistema europeo las víctimas tienen legitimación por activa ante la Corte de ese sistema, gracias a una reforma introducida en el 2008, mediante el Protocolo II del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Adicionalmente, se consagró un compromiso de los Estados de no entorpecer el acceso eficaz a este derecho (artículo 34 del Convenio Europeo, reformado por el Protocolo II).

Para Antonio Cançado Trindade, el *jus standi*, o derecho de acceso directo, es una capacidad procesal correlativa al reconocimiento de derechos:

El derecho de acceso directo (*jus standi*) de los individuos a la justicia a escala internacional debe hacerse acompañar de la garantía de la igualdad procesal de las partes (los individuos demandantes y los Estados demandados), esencial en todo sistema jurisdiccional de protección de los derechos humanos. Es de la propia esencia del contencioso internacional de los derechos humanos, el contradictorio entre las víctimas de violaciones y los Estados demandados. Al reconocimiento de derechos corresponde la capacidad procesal de vindicarlos, sin la cual cualquier sistema de protección estará irremediablemente mitigado y en flagrante desequilibrio procesal (Cançado, 2000).

Pese a que el SIDH no contempla el *ius standi*, hay avances en las posibilidades de participación de las víctimas en el proceso ante el SIDH (*locus standi in judicio*), lo cual constituye un notable avance en el

acceso de ellas al Sistema y es un componente importante del derecho a obtener justicia en sentido material.

La legitimación por activa es una deuda del SIDH con las víctimas. No obstante, un paso adelante en este sentido tiene reservas puesto que se considera necesario el papel que cumple la CIDH como accionante ante la Corte IDH por su papel de interlocutora y promotora de soluciones amistosas y recomendaciones. También cumple un papel fundamental el aumento de la onerosidad al acudir directamente a la Corte IDH (García, 2002, 240). Sin embargo, la falta de acceso directo a esta es una limitante clara de la posibilidad de realización de los derechos. Se debería considerar la posibilidad de reformular el papel que cumple la CIDH (tal como se hizo en el sistema europeo) y otorgar el *jus standi* a las víctimas.

Elementos de los factores de competencia que limitan el acceso al Sistema

Los factores de competencia, en particular de la competencia material, en ocasiones configuran limitantes del acceso efectivo de las víctimas al Sistema y a sus derechos. Pese a que existen avances jurisprudenciales que amplían el marco de acción del SIDH, las restricciones normativas siguen siendo un obstáculo.

La competencia material está orientada por una aceptación en el derecho internacional acerca de que los tratados de derechos humanos responden a un fin superior que sobrepasa los intereses estatales. Al respecto, la Corte IDH ha señalado:

Los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción (Corte IDH, 1982, párr. 29).

Por su parte, la competencia de la Corte no puede estar condicionada por hechos distintos a sus propias actuaciones. Según la Corte IDH

Los instrumentos de aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (artículo 62.1 de la Convención) presuponen la admisión, por los Estados que la presentan, del derecho de la Corte

a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción (Corte IDH, 1999, párr. 34).

En el trámite ante la CIDH y ante la Corte, la competencia material no es amplia puesto que la posibilidad de declarar la violación de derechos está circunscrita a aquellos instrumentos internacionales sobre los que tienen competencia estos órganos. La Corte IDH es competente para conocer cualquier asunto relativo a la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y las obligaciones de los Estados contenidos en este instrumento internacional, cuando así lo han aceptado estos (artículo 62).

Adicionalmente, las demás normas del SIDH referidas a derechos o grupos específicos contienen cláusulas facultativas de competencia. La competencia material de la Comisión, o *ratione materiae*, en cuestión de peticiones individuales, se basa en lo dispuesto en el artículo 44 de la Convención y en el artículo 27 del reglamento de la CIDH. Así, esta tiene competencia para considerar peticiones sobre presuntas violaciones a los derechos humanos consagrados en la Convención y otros instrumentos aplicables. En el artículo 23 del reglamento de la CIDH se indica cuáles son esos otros “instrumentos aplicables”: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

No obstante, la existencia de competencia material en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales del SIDH, la mayor limitación del Sistema está dada por la falta de competencia material sobre derechos económicos, sociales y culturales. La Convención es un instrumento que solamente contiene una disposición referida a estos derechos (artículo 26) y compromete a los Estados a “lograr progresivamente” la efectividad de los mismos⁵.

⁵ Si se tiene en cuenta que el artículo 26 de la Convención, relativo a los derechos sociales, establece el deber de los estados de hacer los esfuerzos necesarios para lograr “progresivamente” la efectividad de los mismos, podrían presentarse peticiones que aleguen la violación de este precepto en la medida en que se demuestre que algún Estado no ha realizado esfuerzos serios y decididos orientados a ese fin.

Con la adopción del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o Protocolo de San Salvador, se amplió el margen de protección de estos derechos, el cual contiene una serie de obligaciones para los Estados en esta materia, y consagra un catálogo relativamente amplio de los mismos. No obstante, lo hizo de manera insuficiente pues, como mecanismo de protección de estos derechos, el protocolo solamente permitió la presentación de peticiones individuales para los derechos a la educación (artículo 13) y a la asociación sindical (artículo 8), con lo cual puso en entredicho la justiciabilidad de los derechos sociales.

Las competencias se ven traducidas en la aplicación e interpretación de derechos. En el SIDH todavía se aprecia una distinción en la exigibilidad de los derechos civiles y políticos frente a los económicos, sociales y culturales, pese a que en la práctica las violaciones están integralmente relacionadas y son indivisibles.

En resumen, los órganos del Sistema tienen competencia material para conocer conflictos relacionados con violaciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los demás instrumentos del Sistema –en el entendido de que los Estados hayan ratificado los instrumentos internacionales y aceptado la competencia de los órganos de este– relacionados con temas específicos. No obstante, la competencia material es limitada normativamente para los derechos económicos, sociales y culturales, puesto que la Convención solo establece la obligación de progresividad frente a estos derechos y el Protocolo de San Salvador únicamente determina la competencia para los derechos a la educación y a la asociación sindical. Sobre el derecho de asociación sindical, adicionalmente, no se establece competencia para todos los componentes de este (huelga, negociación) sino para la posibilidad de asociarse.

Factores procesales que dificultan el acceso al Sistema y su efectividad

Algunos de los factores procesales que obstaculizan el acceso al SIDH son la ausencia de recursos para las víctimas frente a la inadmisibilidad de las peticiones, la duplicación de procedimientos y la ausencia de un plazo razonable en la tramitación de los casos. A continuación se explican brevemente.

En primer lugar, el sistema de admisibilidad contempla un desbalance o desequilibrio procesal a favor de los Estados y en contra de las víctimas. La CADH no considera un recurso cuando una

petición se declara inadmisibile. Por el contrario, una petición que ha sido admitida o respecto de la cual no ha habido un pronunciamiento expreso sobre su admisibilidad, puede ser desestimada en cualquier etapa del procedimiento. Además, si bien la admisibilidad –que operaría en contra de los Estados– no cuenta con recurso, vuelve a ser evaluada ante la Corte IDH (Faundez, 2004, 1001-1002).

En relación con estos desequilibrios, si bien no es viable un recurso en cada etapa procesal, puesto que resultaría engorroso, tampoco es admisible que una de las partes no cuente con las mismas posibilidades de la otra. Además, uno de los principios fundamentales es el equilibrio procesal, que no admite situaciones desfavorables para ninguna de las partes.

En segundo término, el procedimiento en el SIDH sufre duplicaciones innecesarias. Así, la etapa de admisibilidad se repite tanto en la CIDH como en la Corte IDH. Adicionalmente, en la etapa del fondo hay una duplicación de la producción de prueba y de las determinaciones de hecho y de derecho. Al respecto afirma Dulitzky (2007, 38):

Todas las cuestiones fácticas así como las pruebas documentales y testimoniales deben ser producidas, debatidas y analizadas ante la CIDH y luego ante la Corte. De hecho, la Corte vuelve a hacer determinaciones de hechos aún cuando el Estado ha aceptado la versión de los hechos relatada por la CIDH. Ello genera un innecesario costo financiero, humano y de tiempo en un sistema que carece de los tres.

Además, no hay claridad sobre las circunstancias y criterios que deben guiar el escrutinio de cada órgano del Sistema en relación con la admisibilidad y el fondo (Sánchez, 2009, 125). Lo anterior amerita una reforma que incluya la transformación del papel de la CIDH (Dulitzky, 2007) y el seguimiento de un proceso más simple, que contribuya con la celeridad en la resolución de los casos.

En tercer lugar, lo que genera mayores traumas y dificultades de acceso es la ausencia de un plazo razonable en la tramitación de los casos ante el Sistema. Según el Center for Justice and International Law (CejiI), la duración del trámite de los casos ante el SIDH, en el 2006 y 2007, tardaron en promedio 4,8 años desde la presentación de la denuncia ante la CIDH hasta el informe de admisibilidad, y 8,2 años desde la presentación de la denuncia ante la CIDH hasta su sometimiento a la Corte (CejiI, 2008, 26).

El plazo prolongado en la resolución de los casos no es un asunto trivial. Se trata de un problema estructural cuya solución contribuiría a mejorar la eficacia y la rapidez del Sistema frente a las

demandas de las víctimas (Faundez, 2004, 1002). Esta demora en el trámite de resolución de los casos obedece a la falta de plazos en cada etapa procesal. En ese sentido, las partes del caso se privan de conocer el estado de este, lo cual afecta el derecho a la representación y oportunidad procesal (Grossman, 2009, 1281).

En este texto no se sugiere que la demora en la resolución de los casos se deba al incumplimiento por parte de los órganos del Sistema. Por el contrario, consideramos que la causa principal radica en una ausencia de recursos destinados al trabajo de la Comisión y de la Corte, y de plazos para cada etapa procesal. La solución del segundo aspecto está íntimamente relacionada con el primero, puesto que sería ilusorio establecer plazos para la resolución de los casos, mientras no exista disponibilidad presupuestal suficiente que permita el procesamiento de los mismos (Cejil, 2008, 27).

Algunas propuestas concretas y operativas que podrían mejorar la duración del procedimiento en el Sistema son la simplificación del formato de determinación de admisibilidad, la promoción de soluciones amistosas de grupos de casos con origen común y la acumulación de instancias procesales (Cejil, 2008, 27). Con todo, la simplificación de las etapas procesales ante el Sistema presenta algunas dificultades relacionadas con las expectativas de las víctimas, su derecho a ser escuchadas por los órganos de este y la investigación exhaustiva de los hechos. Por ejemplo, la reducción de los testimonios y las audiencias públicas aleja a la Corte de la realidad, lo cual es nocivo para la efectividad de las sentencias. Así mismo, la disminución de estos factores reduce también el impacto de las sentencias, puesto que, en términos de incidencia, cuando los casos no tienen audiencias no logran captar la atención de los medios ni llegar a la opinión pública, con lo cual se pierde el reflejo que deben tener las decisiones de los órganos del Sistema en la situación general de los derechos humanos (Cavallaro y Brewer, 2008, 793).

Los órganos del sistema cuentan con escasos recursos económicos para su funcionamiento, y se enfrentan al dilema de hallar una solución pronta para los casos sin sacrificar el derecho de las víctimas a ser escuchadas. Este último aspecto es uno de los que más influyen en la efectividad de las sentencias de la Corte en el terreno, de ahí que deba ser priorizado (Cavallaro y Brewer, 2008, 826).

Las víctimas acuden al SIDH a la espera de una solución oportuna a sus demandas. Sin embargo, el Sistema no ha sabido responder con suficiente celeridad. Pese a que el plazo razonable es un elemento fundamental del derecho de acceso a la justicia (artículos 8 y 25 de la CADH), la duración de las etapas procesales y la dilatada

resolución de los casos no se corresponde con este principio ni se compadece con la paciencia de las víctimas (Faundez, 2004).

Costos del litigio

Por otra parte, el costo del litigio ante el SIDH es sumamente elevado. Así lo han reconocido los órganos del Sistema. Por ejemplo, la Corte IDH estableció que cuando las víctimas no pueden costear servicios jurídicos para agotar recursos internos se aplica una excepción en este factor de admisibilidad (Corte IDH, 1990). Las dificultades económicas fueron consideradas, además, en la última reforma al reglamento de la Corte, mediante la cual se creó el Fondo de Asistencia Legal (Consejo Permanente de la OEA, 2009).

Según el Cejil, los costos del litigio de un caso ante el SIDH se calculan en US\$55.000, sin incluir honorarios profesionales de ningún tipo (Cejil, 2008, 12). Cabe señalar que el litigio es complejo e implica no solo el acto de sometimiento ante el Sistema sino un intenso proceso de investigación y documentación del caso. Así mismo, el acompañamiento técnico y psicológico a las víctimas aumenta el valor de los costos. Además, la producción de la prueba, las reuniones de trabajo, los gastos de traslado, pago de visas, hotelería y honorarios profesionales, son aspectos que deben ser tenidos en cuenta (Cejil, 2008, 12).

Los costos del litigio son elevados y en la mayoría de los Estados no existe apoyo económico a la labor de defensa de los derechos humanos ante el SIDH. Igualmente, los costos de implementación de las decisiones en el derecho interno, que implican el seguimiento de los casos, también deberían ser considerados por los Estados y por el Sistema en general.

EFICACIA DEL SISTEMA INTERAMERICANO

El panorama de cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH ha mejorado pero no es del todo alentador⁶. Según un estudio realizado, entre junio de 2001 y junio de 2006 la Corte expidió 462 órdenes de reparación, clasificadas así: 61% económicas y simbólicas, monetarias o no monetarias y de restitución de los derechos humanos;

⁶ En esta parte del texto se hace énfasis en el cumplimiento de sentencias de la Corte, es decir, no se aborda lo relacionado con pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ni con el cumplimiento de las medidas de protección urgentes que contempla el Sistema, cautelares de la CIDH y provisional de la Corte IDH.

22% prevención de violaciones; 15% orden de investigación y sanción a responsables; 13% medidas de protección para víctimas y testigos; y 0,7% corresponde a otros (Basch et al., 2010, 14). En un 50% de los casos no ha habido cumplimiento, en un 36% hubo cumplimiento total y en un 14% parcial. El mayor incumplimiento se produce en las medidas relacionadas con investigación y sanción de responsables, que solo alcanza un 10%, mientras que el mayor cumplimiento se presenta en las reparaciones monetarias con un 58% (Basch et al., 2010, 18).

Por su parte, en el 2006 la CIDH monitoreó el cumplimiento de 87 de sus decisiones (emitidas entre el 2000 y el 2005), y encontró un incumplimiento total en 27 casos, cumplimiento parcial en 59 y total solo en uno (CIDH, 2006, capítulo III).

En términos generales, el cumplimiento de las órdenes de la Corte IDH ha sido aceptable en cuanto a las reparaciones monetarias. No obstante, es muy bajo el nivel de eficacia frente a otras medidas. En particular, hay dificultades especiales cuando se trata de verificar el cumplimiento de las órdenes relacionadas con la investigación, juzgamiento y sanción de los responsables de las violaciones (Sánchez, 2009, 111). En otras palabras, los Estados, generalmente, tienden a cumplir con las medidas económicas y con las simbólicas, pero es menos probable que lo hagan cuando se trata de medidas estructurales, como las destinadas a combatir la impunidad (Cavallaro y Brewer, 2008, 785).

A continuación se analizan las principales causas relacionadas con la eficacia del SIDH: inexistencia de un mecanismo de seguimiento, exiguo papel de los órganos políticos de la OEA y falta de voluntad política de los Estados para cumplir las decisiones del Sistema.

Inexistencia de un mecanismo de seguimiento y exiguo papel de los órganos de la OEA

Los órganos políticos de la OEA no dotan eficazmente al SIDH. Ni el Consejo Permanente ni la Asamblea General tienen previstos mecanismos, ni han implementado acciones concretas que obliguen o por lo menos alienten a los Estados a cumplir con las decisiones proferidas en el marco del Sistema.

Los órganos del Sistema deben presentar informes a la Asamblea, lo cual proporciona cierto grado de supervisión a la ejecución, y debería ser una oportunidad aprovechada (Shaver, 2009, 25), pero se limita a la aprobación. Además, se ha mostrado resistente a ejercer el papel de garante del SIDH. Este órgano dispone de herramientas jurídicas y políticas para tomar medidas conducentes a que los Estados

cumplan con las órdenes emitidas en el marco del Sistema (Grossman, 2009, 1281). La Asamblea podría hacer uso de lo dispuesto en la Carta Democrática Interamericana, en la cual los Estados reiteraron su compromiso con la vigencia de los derechos humanos y apoyarse en la misma Carta de la OEA. Por ser la Asamblea el escenario de debate político del cumplimiento de las obligaciones del Estado, se deberían tomar medidas para sancionar a los Estados que incumplan lo dispuesto por los órganos del Sistema.

Es necesario articular los mecanismos de monitoreo propios del SIDH con las posibilidades de acción de la OEA de forma tal que, por ejemplo, el Consejo Permanente y la Asamblea le den publicidad al grado de cumplimiento de las decisiones del Sistema en el marco de sus actuaciones (Cejil, 2008, 11).

Por otra parte, el Sistema no cuenta con un órgano de seguimiento. Esta es una de las diferencias más sensibles entre el Sistema Interamericano y el europeo, porque en este último el consejo de ministros es responsable de garantizar que los Estados partes cumplan con las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Shaver, 2009, 25; González, 1996, 442). La Corte IDH ha hecho llamados a la Asamblea para establecer un grupo de trabajo permanente que supervise el cumplimiento de las sentencias del Tribunal y presente informes con el fin de facilitar la discusión del tema. Sin embargo, esto no ha sido atendido por los órganos políticos de la organización y ha desprovisto al Sistema de un reforzamiento necesario (Cavallaro y Brewer, 2008, 783-784).

Además, la OEA no ha creado un mecanismo coercitivo ni ha habilitado un espacio de seguimiento que obligue al cumplimiento de las decisiones del Sistema, como un procedimiento de revisión anual, pese a que ha sido propuesto por los propios Estados (Goldman, 2009, 884).

En conclusión, la OEA no ha habilitado espacios políticos para reforzar la eficacia del SIDH, monitorear el cumplimiento de las decisiones y, en consecuencia, aplicar sanciones. Sin un compromiso de la organización y sin los mecanismos suficientes, la efectividad del Sistema en los Estados seguirá siendo una ilusión.

Falta de voluntad de los Estados para cumplir los compromisos en materia de derechos humanos

El cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH es una obligación derivada del *pacta sun servanda* y de los compromisos adquiridos por los Estados, desde su membresía con la OEA y como

parte de los instrumentos internacionales. En suma, la eficacia misma de la CADH depende de los recursos que tengan los Estados y de la voluntad política para cumplir.

No obstante, varios Estados ni siquiera son parte de la CADH, lo cual crea dentro de este Sistema distintos niveles de compromiso frente al cumplimiento de los derechos humanos. Desde el punto de vista político, países como Canadá y Estados Unidos, que no forman parte de la CADH, continúan participando en las deliberaciones sobre las reformas del Sistema, lo cual genera malestar entre los otros países. Por ejemplo, en el 2009, cuando se discutió una posible reforma a la convención, varias naciones latinoamericanas propusieron excluirlos (Goldman, 2009, 887).

Los Estados se caracterizan por brindar respuestas diplomáticas pero poco compromiso real y mínimos esfuerzos concretos para cumplir las órdenes. Resisten las decisiones de autoridades supranacionales. La misma ausencia de voluntad política que subyace a las dificultades de cumplimiento de las sentencias se evidencia en la falta de ratificación de los instrumentos internacionales y el reconocimiento de competencia a los órganos del Sistema.

La voluntad de los Estados es un presupuesto esencial para la efectividad del sistema en su conjunto. Tal como lo señala Goldman (2009, 884), para que la protección de los derechos humanos en la región sea efectiva, la OEA debe asumir en serio su papel como garante de la integridad del Sistema.

Por otra parte, el cumplimiento depende de disposiciones de derecho interno de los Estados, lo cual, en la práctica, termina siendo una dificultad para el efectivo acceso a derechos: falta voluntad política y se presentan cuestiones operativas que obstaculizan la puesta en marcha de las decisiones.

Aunque no es posible generalizar las razones de carácter interno sobre el incumplimiento por parte de los Estados de las decisiones de la Corte IDH, se puede afirmar que el grado de consolidación, la calidad de las instituciones democráticas, el compromiso con el Sistema y la situación económica, entre otros, pueden conducir a niveles de cumplimiento diferenciados frente a las órdenes proferidas. Lo cierto es que los Estados tienen la obligación de cumplir con las decisiones de la Corte, lo que deriva de sus compromisos con el Sistema y los adquiridos en la comunidad internacional. Sin embargo, parece que no lo hacen a cabalidad (Basch et al., 2010, 27). Además, las víctimas no solo deben esperar una decisión por varios años, sino aguardar a que se cumpla.

En cuanto a la implementación de las medidas de reparación, existen dificultades en materia de colaboración entre las ramas del poder público, falencias en la coordinación interinstitucional, falta de un presupuesto específico y obstáculos para ejecutar el presupuesto previsto (Beristain, 2008, 532).

Además, los cambios en los derechos humanos generan resistencia en las autoridades locales, lo que frecuentemente obstruye la implementación de las medidas (Cavallaro y Brewer, 2008, 785). En ese sentido, los Estados deben fortalecer la interacción de los niveles nacional y local, porque este último es el encargado de implementar las medidas en la práctica para provocar verdaderos cambios hacia la protección de los derechos humanos (Cavallaro y Brewer, 2008, 788).

Con el fin de superar el incumplimiento de las medidas en el derecho interno, Dulitzky (2007, 42) propone implementar en el nivel nacional un mecanismo nacional encargado de la coordinación, impulso y aplicación de las decisiones interamericanas, que cuente con las instituciones y ministerios más importantes y el acompañamiento de la CIDH, vincule a las víctimas y haga reportes periódicos a la OEA. En el mismo sentido, Basch et al. (2010,30) plantean que los Estados deberían establecer un mecanismo interno de coordinación entre los diferentes poderes públicos para facilitar el cumplimiento de las decisiones del SIDH. Esto puede acompañarse de mecanismos formales en el derecho interno y en las políticas públicas para la aplicación efectiva de las decisiones internacionales.

Lo anterior guarda relación directa con el reclamo de un papel más activo de la CIDH en el ámbito regional, que acompañe los procesos de formulación e implementación de políticas públicas relacionadas con los derechos humanos, aprovechando los espacios habilitados por los gobiernos (Dulitzky, 2007, 40-41).

También se han propuesto otras medidas como la obligatoriedad de las decisiones de los órganos del Sistema, por vía constitucional, legal o jurisprudencial; un mayor desarrollo de la jurisprudencia en el derecho interno, que facilite la incorporación de los estándares del Sistema, y la introducción de normas o la interpretación de las existentes sobre principios básicos, como el *non bis in idem*, la amnistía o la cosa juzgada, entre otras (Ceжил, 2008, 11).

En conclusión, la falta de cumplimiento de las órdenes emitidas en el SIDH afecta la integridad de este. Tanto el cambio en lo uno como el mantenimiento de lo otro, son responsabilidad primordial de los Estados (Goldman, 2009, 883). El sistema reclama de los Estados que integran la Convención y los que aún no son miembros, compromisos

integrales que superen los discursos y la diplomacia, se concreten en medidas reales de protección de los derechos humanos y, por esa vía, aseguren la integridad del sistema.

CONSIDERACIONES FINALES

El análisis de las principales restricciones de acceso y efectividad del SIDH muestra cómo un sistema que ha tenido importantes avances jurisprudenciales en materia de protección de derechos humanos, puede ver entorpecido su funcionamiento y cercenada su eficacia por factores internos y externos que obedecen, principalmente, a elementos de carácter procesal y práctico.

Dentro de estos obstáculos, uno de los que merece mayor preocupación es el exiguo papel de la OEA y sus órganos políticos frente al SIDH. La OEA no está cumpliendo el papel proactivo y dinamizador que le corresponde, no hay respaldo suficiente a los órganos del sistema ni seguimiento al cumplimiento de sus órdenes. Adicionalmente, el presupuesto asignado por la OEA a los órganos del sistema no corresponde a sus necesidades.

Por otro lado, pese a que se han alcanzado importantes resultados, persisten las dificultades asociadas principalmente con el punto anterior, en cuanto al papel de la OEA, la inexistencia de un mecanismo de seguimiento y la falta de voluntad de los Estados para cumplir los compromisos en materia de derechos humanos. Es importante que la OEA, y particularmente los Estados, tomen medidas para asegurar la implementación de las órdenes de los órganos del Sistema. Este no puede seguir tomando decisiones cuyo cumplimiento, a causa de diversos factores, se convierte en un asunto irrealizable, pese a su carácter vinculatorio y a los compromisos políticos asumidos.

En conclusión, el SIDH tiene restricciones que obedecen a factores normativos, estructurales y políticos. No obstante, son amplias sus posibilidades de reforma y adaptación a las circunstancias cambiantes en el contexto regional, y a las necesidades de protección de los derechos humanos. En estas reformas siempre ha sido posible la participación de la sociedad civil, lo cual debe mantenerse y profundizarse. La oportunidad de revisar y reformar algunos aspectos que podrían mejorar el funcionamiento del sistema y escuchar las voces de la sociedad civil en las Américas sin duda contribuirá a asegurar el fin último del Sistema: la protección del ser humano.

REFERENCIAS

Bibliografía y otras fuentes

- BASCH, F. et al. (2010), "The Effectiveness of the Inter-American System of Human Rights Protection: A Quantitative Approach to its Functioning and Compliance With its Decisions", en *Sur Review, International Journal on Human Rights*. v. 7 n. 12, Biannual. English Edition, Sao Paulo, Conectas Human Rights [en línea], disponible en: <http://www.surjournal.org/eng/index12.php>, recuperado el 1 de abril de 2011.
- BUERGENTHAL, T. (1982), "The Inter-American Court of Human Rights", en *The American Journal of International Law*, Vol. 76, No. 2 [en línea], disponible en: <http://www.jstor.org/stable/2201452>, recuperado el 3 de mayo de 2011.
- CANÇADO, A. (1991), Voto razonado en Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gangaram Panday. Excepciones Preliminares, Sentencia de 4 de diciembre, Serie C No. 12.
- _____ (2000). Discurso del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Juez Antônio Augusto Cançado Trindade, en la Sesión de Inauguración del Seminario "El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI", organizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Hotel Europa Raddison, San José de Costa Rica, 23 de noviembre de 1999), reimprimido en 1999 Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/III.47, doc. 6.
- _____ (2008), Aportes para la reflexión sobre posibles reformas al funcionamiento de la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Buenos Aires, Centro por el Derecho y la Justicia Internacional.
- CAVALLARO, J. y BREWER S. (2008), "Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court", en *The American Journal of International Law*, Vol. 102. [en línea], disponible en: http://www.escri-net.org/usr_doc/Cavallero_and_Brewer_Reevaluating_HR_Litigation_in_21st_Century_in_the_IACHR.pdf, o http://www.law.harvard.edu/programs/hrp/documents/AJIL_2008.pdf recuperado el 1 de abril de 2011.
- CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL, CEJIL (2008), Aportes para la reflexión sobre posibles reformas al funcionamiento de la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Buenos Aires, CEJIL.
- DULITZKY, A. (2004), *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos Aspectos institucionales y procesales*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Tercera edición.
- _____ (2007), *El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Ponencia

ofrecida en el marco del XXV Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 9 al 20 de julio.

- _____ (2007), "50 Años del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Una Propuesta de Reflexión sobre Cambios Estratégicos Necesarios", en Revista IIDH, No 46, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- GARCÍA, S. (2002), "El acceso de la víctima a la jurisdicción internacional de Derechos Humanos", en Revista IIDH, No 32-33, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- FILIPINI, L. (2008), El fortalecimiento de la Corteidh. Documento de trabajo, Buenos Aires, Asociación de Derechos Civiles, ADC.
- GOLDMAN, R. (2009), History and Action: the Inter-American System and the Role of the Inter-American Commission on Human Rights, en *Human Rights Quarterly* 31 (856-887).
- GONZÁLES, F. (1996), "El sistema interamericano de derechos humanos y su eficacia: evaluación y perspectivas futuras", en *Estudios básicos de derechos humanos* 6 (435-447), San José, IIDH, [en línea], disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1840/29.pdf>, recuperado el 22 de marzo de 2011.
- GROSSMAN, C. (2009), "The Inter-American System of Human Rights: Challenges for the Future", en Washington College of Law Research Paper No. 14, [en línea], disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1371692>, recuperado el 22 de marzo de 2011.
- MEDINA, C. (1990), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Manual de enseñanza*, Amsterdam, Instituto Holandés de Derechos Humanos.
- SALVIOLI, F. (1997), "Derechos, acceso y rol de las víctimas", en *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- SÁNCHEZ, C. (2009), Acceso a la justicia en el ámbito interamericano. Análisis crítico y perspectivas futuras, en Revista IIDH, No. 5, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- SHAVER, L. (2009), "The Inter-American Human Rights System: An Effective Institution for Regional Rights Protection?" en *Washington University Global Studies Law Review*, [en línea], disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1437633>.
- VARGAS, M. et al. (2007), Comunicado público, Lima, [en línea], disponible en: http://memorialelojoquellora.blogspot.com/2007/01/comunicado-pblico_15.html
- VENTURA, M. (2005-dic.), "La Corte Interamericana de Derechos Humanos: la necesidad inmediata de convertirse en un tribunal permanente", en *Revista CEJIL: Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano Año I, núm. 1*. San José de Costa Rica: Centro por el Derecho y la Justicia Internacional.

Jurisprudencia

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1988) Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo, Sentencia de 29 de julio, Serie C No. 4.
- _____ (1993A), Caso Cayara Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Sentencia de 3 de febrero, Serie C No. 14.
- _____ (1993B), Asunto Viviana Gallardo y otras Vs. Costa Rica, Resolución No. 13/83.
- _____ (1996A), Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Sentencia de 31 de enero, Serie C No. 25.
- _____ (1996B), Caso Castillo Páez Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Sentencia de 30 de enero, Serie C No. 24.
- _____ (1999), Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Competencia, Sentencia de 24 de septiembre, Serie C No. 54.

Documentos de organismos internacionales

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006), Informe Anual, Documento OEA/Ser.L/V/II.127, Doc. 4 rev. 1, 3 marzo 2007.
- _____ (2010), Informe Anual, Documento OEA/Ser.L/V/II. Doc. 5 corr. 1, 7 marzo 2011.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1990), Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto, Serie A No. 11.
- _____ (1982), El Efecto de las Reservas Sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana (artículos 74 y 75), Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre.
- _____ (2002), Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto. Serie A No. 17.
- _____ (2005), Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-19/05 del 28 de noviembre. Serie A No. 19.
- _____ (2010), Informe Anual, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/informes.cfm>, recuperado: 2 de mayo de 2010.
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, ASAMBLEA GENERAL (2008), Creación del fondo de asistencia legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio, AG/RES. 2426 (XXXVIII-O/08).
- _____ (2009), Programa-presupuesto del fondo regular de la organización para 2010, asignación de cuotas y contribuciones para el FEMCIDI

2010, Trigésimo octavo período extraordinario de sesiones OEA/Ser.P AG/RES. 1(XXXVIII-E/09).

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, CONSEJO PERMANENTE (2009), Reglamento para el Funcionamiento del Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Documento OEA/Ser. G, CP/RES. 963 (1728/09), 11 de noviembre, [en línea], disponible en: <http://www.oas.org/council/sp/resoluciones/res963.asp>, recuperado el 28 de marzo 2010.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, CONSEJO PERMANENTE, COMISIÓN DE ASUNTOS ADMINISTRATIVOS Y PRESUPUESTARIOS, GRUPO DE TRABAJO ENCARGADO DE REVISAR LA PROPUESTA DE PROGRAMA-PRESUPUESTO (2010), Propuesta de Programa-Presupuesto 2010, Documento OEA/Ser.G CAAP/GT/PP2010-20/09, 25 de septiembre.

Instrumentos internacionales

Carta de la Organización de Estados Americanos, [en línea], disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/carta.html>, recuperado el 12 de abril de 2011.

Carta democrática Interamericana, Aprobada en la primera sesión plenaria, celebrada el 11 de septiembre, [en línea], disponible en: http://www.oas.org/OASpage/esp/Documentos/Carta_Democratica.htm, recuperado el 12 de abril de 2011.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, [en línea], disponible en: <http://www.cidh.oas.org/default.htm>, recuperado 18 de enero de 2010.

Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Aprobado mediante la Resolución N° 447 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período ordinario de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979, [en línea], disponible en: <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos9.htm>, recuperado el 12 de abril de 2011.

Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Aprobado mediante Resolución N° 448 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979, [en línea], disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/estatuto.cfm?&CFID=18690&CFTOKEN=64182996>, recuperado el 12 de abril de 2011.

Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009, [en línea], disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/reglamento.cfm>, recuperado el 12 de abril de 2011.

Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Aprobado por la Comisión en su 137° periodo ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009, [en línea], disponible en: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/ReglamentoCIDH.htm>, recuperado el 12 de abril de 2011.

Reglamento de la Corte Interamericana sobre el Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_04_10.pdf, recuperado el 12 de abril de 2011.

Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, disponible en <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/ReglamentoCIDH.FondoAsistenciaLegal.htm>, recuperado el 15 de mayo de 2011.

La carga de la prueba en casos de discriminación ante la Corte Europea de Derechos Humanos*

ROSMERLIN ESTUPIÑÁN SILVA**

Recibido: 1 de abril de 2011 - Aprobado: 15 de mayo de 2011



RESUMEN

El artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Fundamentales y Libertades Democráticas del 4 de noviembre de 1950 consagra la no discriminación. Conforme a esta cláusula, el goce de los derechos y libertades reconocidos debe ser asegurado sin ninguna distinción de sexo, raza, color, lengua, religión, opinión política o de cualquier otro tipo, origen nacional o social, pertenencia a una minoría, condición económica o cualquier otra situación. La cláusula de no discriminación garantiza los derechos civiles y políticos consignados en el Convenio, pero su eficacia se ve disminuida en discriminaciones *de facto*. Por esta razón, la jurisprudencia europea ha autorizado la inversión de la carga de la prueba, creando una presunción de discriminación que protege a los demandantes. Los alcances y límites de dicho procedimiento son el tema central de este artículo, particularmente en aspectos sensibles ligados a las razones que pueden determinar la inversión de la carga de la prueba y el papel de quienes alegan haber sufrido tratamiento discriminatorio y del Estado encausado.

Palabras claves: artículo 14, no discriminación, carga de la prueba, jurisprudencia europea, procedimiento.

* Este artículo presenta resultados inéditos de la investigación realizada por la autora en el marco de los cursos de *Droit de personnes* en el seno de la Universidad Católica de Lyon (Francia, 2010). Las actualizaciones posteriores se han efectuado debidamente y se ha hecho una traducción libre de las fuentes que se encuentran en francés y en inglés.

* Abogada. Magíster en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales y en Derecho Público y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Doctora en Derecho Internacional de la Universidad de Valencia (España). rosmerlin.estupinan@yahoo.com



ABSTRACT

Article 14 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms on 4 November 1950, establishes the non-discrimination clause. Under this clause, the enjoyment of the rights and freedoms set forth in the Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status. The non-discrimination clause guarantees civil and political rights set forth in the Convention but its effectiveness is diminished in cases of *de facto* discrimination. For this reason, European case law has authorized the reversal of the burden of proof by creating a presumption of discrimination that protects the applicants. The scope and limits of this procedure are the focus of this research, particularly in sensitive issues related to the reasons that may determine the reversal of the burden of proof, the role of those who claim to have suffered discriminatory treatment and the role of the respondent State.

Keywords: article 14, non-discrimination, burden of proof, European case-law, procedural matters.

FINALIDAD Y JUSTIFICACIÓN

Este artículo de reflexión jurídica está consagrado al estudio de la cláusula de no discriminación, contenida en el artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1951¹. Su propósito es determinar el tratamiento en materia de carga de la prueba que reciben las presuntas víctimas de trato discriminatorio en los Estados miembros del Consejo de Europa², particularmente en casos de discriminación indirecta. En la evolución de la carga probatoria será necesario abordar el papel de los demandantes y del Estado demandado, así como las razones que pueden llevar al juez europeo a decretar la inversión de la carga probatoria.

El objeto de estudio presenta una actualización importante. Por un lado, en tiempos de crisis económica, el tratamiento discriminatorio *de facto* en el acceso a derechos y servicios se ve agudizado. Entre las

¹ En adelante, el Convenio.

² El Consejo de Europa, cuya sede central está en Estrasburgo (Francia), reagrupa hasta 2012, con sus 47 Estados miembros, la casi totalidad del continente europeo, con excepción de Bielorrusia. Este Consejo fue creado el 5 de mayo de 1949 por diez Estados fundadores y se organiza en torno al Convenio de 1951 y otros textos de referencia en materia de protección del individuo.

razones frecuentes de discriminación pueden mencionarse: el sexo y el origen étnico, religioso o nacional, por ejemplo. Por otro lado, cualquier persona que resida en el territorio de uno de los Estados miembros del Consejo de Europa, independientemente de su nacionalidad, puede elevar una petición ante la Corte Europea de Derechos Humanos³. Esta realidad supone un reto importante para los Estados, que deben mantener el equilibrio entre la obligación de no discriminar y la implementación de sus políticas prioritarias en materia de economía nacional y orden público.

Este estudio se limita a la cláusula del artículo 14 del Convenio sin abordar las consecuencias del Protocolo 12 (2000) adicional al Convenio, en la medida en que solo 18 Estados han adherido a él⁴. Otros dispositivos de protección contra la discriminación, provenientes del sistema jurídico de la Unión Europea (UE), no serán estudiados por cuanto solo protegen a los ciudadanos de los 27 Estados miembros y tienen serias limitaciones en su aplicación con respecto a temas económicos vinculados al empleo.

La elección del objeto de estudio se explica finalmente porque la cláusula de no discriminación es plenamente exigible en el seno de los 27 Estados miembros de la UE. En 2012, la UE estudiaría la posibilidad de adherir como organización internacional al Convenio del Consejo de Europa.

INTRODUCCIÓN

Antes de abordar el régimen de prueba en materia de discriminaciones ligadas al Convenio, es importante analizar los aspectos fundamentales de la aplicación y la aplicabilidad de la cláusula de no discriminación.

Conforme al artículo 1.º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Este postulado fundamental es la base de la existencia de la cláusula de no discriminación que constituye un principio de derecho internacional bien asentado y que, en el seno del Consejo de Europa, está consagrado en el artículo 14 del Convenio como cláusula de prohibición:

³ En adelante, CEDH o la Corte.

⁴ El Protocolo 12 del 4 noviembre de 2000 extiende la prohibición de discriminación a cualquier derecho, incluidos aquellos que, no haciendo parte expresa del Convenio, han sido consagrados por las leyes nacionales. Este Protocolo entró en vigor el 1.º de abril de 2005. Sin embargo, ninguno de los grandes Estados europeos lo ha ratificado.

Artículo 14. *Prohibición de discriminación*. El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

El artículo 14 del Convenio fue analizado por primera vez en la jurisprudencia de la CEDH, a través de la sentencia del “Asunto lingüístico belga” (CEDH, 23 de julio de 1968)⁵, en la cual la Corte estableció como principio bien fundado que la cláusula de no discriminación no tiene existencia independiente. De hecho, indicó que está limitada a prohibir toda discriminación con respecto a los derechos y libertades reconocidos en el Convenio y que cualquier existencia autónoma es inconcebible (CEDH, 23 de julio de 1968, 9). Dicho de otro modo, la cláusula no puede ser alegada genéricamente: su reclamo debe ir asociado a otro derecho del Convenio con respeto del cual existió el presunto trato discriminatorio.

Aunque la cláusula de no discriminación no es autónoma, sí tiene un alcance considerable: complementa cada uno de los artículos del Convenio. Es suficiente alegar la aplicación o restricción de un derecho material con carácter discriminatorio, sin que sea necesario en todos los casos demostrar una intención de discriminar o un perjuicio sufrido como resultado de la discriminación (CEDH, 23 de julio de 1968, 9).

La Corte identificó dos elementos acumulativos que configuran el principio de no discriminación: 1) la diferencia de tratamiento en caso de situaciones análogas y 2) la ausencia de justificación razonable de tal diferencia (CEDH, 23 de julio de 1968, 10). En la sentencia *Rasmussen vs. Dinamarca*, la Corte afirmó que la existencia de una diferencia de tratamiento en el disfrute de un derecho reconocido y la falta de justificación objetiva y razonable remite a la idea de una distinción arbitraria (CEDH, 28 de noviembre 1984, 34, 40).

El primer elemento: la diferencia de tratamiento en caso de situaciones análogas es condición *sine qua non*, pero no suficiente, para que se configure una discriminación⁶. La diferencia de tratamiento

⁵ En este asunto, los peticionarios (padres de familia de menores en edad escolar) denunciaron un conjunto de disposiciones legales belgas relativas al régimen lingüístico de la educación que les impedían a sus hijos acceder a escuelas de lengua francesa y, por consiguiente, constituían un atentado discriminatorio a su derecho a la instrucción.

⁶ La ausencia de diferencia en el tratamiento como causa de discriminación es excepcional pero posible. En el asunto de *Thlimmenos vs. Grecia*, la gran sala analizó el caso de un testigo de

ocurre cuando una distinción es introducida entre dos situaciones análogas o comparables, tal como lo desarrolló la Corte en el asunto *Marckx vs. Bélgica* al comparar la situación entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales (CEDH, 13 de junio de 1979, 39). La Corte extendió esta analogía a: *Pla et Puncernau vs. Andorra* (hijo adoptado) (CEDH, 15 de diciembre de 2004), *Mazurek vs. Francia* (hijo adulterino) (CEDH, 1.º de febrero de 2000), todos puestos en una situación similar con respecto a sus derechos de sucesión.

La analogía o la compatibilidad entre dos situaciones debe ser decidida caso por caso y la CEDH ha sido clara al afirmar que es perfectamente legítimo que el Estado otorgue tratamientos diferentes a dos situaciones sensiblemente diferentes, como en el caso del trato dispensado a los ciudadanos de países miembros de la UE frente a otros extranjeros no comunitarios. Este tema fue evocado en el asunto *Aristimuño Mendizábal vs. Francia* (CEDH, 17 de enero de 2006).

Sin embargo, la nacionalidad puede ser alegada como motivo de discriminación siempre que se logre establecer la analogía. En el asunto *Darby vs. Suecia*, la Corte encontró que la situación del demandante era análoga en todos los aspectos a la de otros habitantes y que la obligación de los residentes no nacionales de pagar un impuesto eclesiástico, independientemente de su vinculación a una iglesia, podía considerarse discriminatoria en la medida en que los ciudadanos suecos no pertenecientes a la iglesia eran dispensados de tal pago (CEDH, 23 de octubre de 1990, 32). En el mismo sentido, en el asunto *Gaygusuz vs. Austria* (CEDH, 16 de septiembre de 1996, 36) la Corte estableció claramente que solo cuestiones vinculadas al orden público y a la necesidad imperiosa podían hacer compatible el artículo 14 del Convenio con una distinción fundada en la nacionalidad.

La analogía remite a la existencia de dos situaciones similares que exigen respeto a los principios de igualdad y prohíbe la distinción arbitraria. Esta noción de distinción, de hecho, subraya una primera dificultad pues, por una parte, la casi totalidad de las normas jurídicas establecen distinciones entre categorías de sujetos de derecho y, por otra, desde el “Asunto lingüístico belga”, la Corte ha subrayado que distinguir no es siempre un sinónimo de discriminar (CEDH, 23 de julio de 1968).

Jehová, condenado como objetor de conciencia a quien el Estado, en virtud de sus antecedentes penales, le negaba la posibilidad de obtener el diploma de experto contable. La discriminación en el goce de su libertad religiosa fue el criterio que llevó a la Corte a afirmar que es necesario que el Estado griego no trate de la misma manera los delitos asociados a la objeción de conciencia y otros (CEDH, 6 de abril de 2000, 42-49).

Si la idea misma de la distinción objetiva es falsamente clara, los motivos en que se funda esta revisten la máxima importancia. No puede pasarse por alto que siempre existirá un número importante de diferencias y similitudes entre los sujetos de derecho que no responde a la lógica de la discriminación.

El artículo 14 del Convenio contiene una lista de causales de distinción prohibida: "(...) sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación". Como puede observarse, se trata de una lista no exhaustiva y "cualquier otra situación" puede ser considerada como una distinción injustificada a la luz de la jurisprudencia europea sin que, se insiste, toda distinción pueda ser considerada como sinónimo de discriminación.

La Corte señaló el carácter indicativo y no exhaustivo de la lista de motivos protegidos del artículo 14 del Convenio, por primera vez, en la sentencia *Engels vs. Reino Unido* (CEDH, 1976), en la que el peticionario fue víctima de una distinción fundada en el grado militar. Otros ejemplos pueden ser citados en el mismo sentido: en el asunto *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal* (CEDH, 21 de diciembre de 1999) la Corte admitió una discriminación basada en la orientación sexual (no en el sexo); en el asunto *Larkos vs. Chypre*, (CEDH, 1999), la Corte identificó una distinción prohibida entre los arrendatarios de bienes inmobiliarios pertenecientes al Estado y los de bienes de propietarios privados; en la sentencia *Larson vs. Reino Unido* (CEDH, 1995), la distinción identificada por la Corte se basó en el derecho a obtener la pensión laboral.

En cuanto al segundo elemento constitutivo de la cláusula de no discriminación, la ausencia de justificación objetiva y razonable, en el "Asunto lingüístico belga", la Corte afirmó que una "justificación objetiva y razonable" es aquella que persigue un objetivo legítimo en el marco de una sociedad democrática y respeta una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y los objetivos perseguidos (CEDH, 1968, 10).

Por lo tanto, una distinción que no tiene justificación objetiva y razonable es una discriminación. Es importante señalar que el carácter legítimo de la distinción operada por el Estado es objeto de control por parte de la Corte. Así, la CEDH puede tomar nota de la existencia de un objetivo legítimo (p. ej., la protección del orden público o de la economía nacional) o guardar silencio al respecto (p. ej., protección de los valores fundadores del Estado) y concentrar sus esfuerzos en el estudio de proporcionalidad.

El estudio del equilibrio entre los medios empleados y el objetivo buscado por el Estado (relación de proporcionalidad) es el elemento decisivo que permite calificar una distinción como desigualdad de tratamiento de carácter discriminatorio. Es preciso anotar que la jurisprudencia de la CEDH concede a los Estados un “margen nacional de apreciación” relativo a los medios y los fines, como lo dejó sentado la Corte desde el asunto *Rasmussen vs. Dinamarca* (CEDH, 1984, 40). Desde luego, el criterio de “razonable” le permite a la CEDH fijar límites al poder discrecional del Estado y sancionar una desproporción manifiesta.

En la práctica del siglo XXI, en el seno del Consejo de Europa, la discriminación, por regla general, no se manifiesta de forma expresa y abiertamente identificable. La discriminación directa⁷ (Consejo de Europa, 2010, 22-29) ha venido cediendo lugar a otros tipos más sutiles, basados en las prácticas locales, es decir, en discriminaciones indirectas *de facto*⁸ (Consejo de Europa, 2010, 29-31). Por lo tanto, las circunstancias concretas, los motivos y el contexto de la situación, aunados a los elementos de hecho y de derecho son determinantes en materia probatoria.

En efecto, la cláusula del artículo 14 del Convenio no se limita a las normas escritas y la Corte puede sancionar discriminaciones *de facto* en las que el acervo probatorio ocupa todo el análisis del caso.

Precisamente, la dificultad probatoria de alegar una discriminación fundada en prácticas estatales, ha llevado a la Corte a flexibilizar los medios y métodos de prueba. Esta inversión de la carga de la prueba plantea serios retos a la justicia en el nivel nacional y en el europeo. De hecho, la importancia de esta evolución en materia de procedimiento es incuestionable si se tiene en cuenta que cuando la práctica es la fuente de la discriminación, la dificultad probatoria sobrepasa, por regla general, las capacidades de los demandantes.

Partiendo de esta evidencia, la CEDH ha establecido un procedimiento de inversión de la carga de la prueba que le exige al demandante aportar por lo menos la prueba sumaria tendiente a establecer una presunción *de facto* de la discriminación alegada y deja al Estado la tarea de refutar la presunción. Los límites y las consecuencias de este procedimiento serán, igualmente, materia de reflexión.

⁷ La discriminación directa hace alusión a la diferencia en el tratamiento, en caso de situaciones análogas, basada en un motivo prohibido por la cláusula de no discriminación.

⁸ La discriminación indirecta se refiere a la existencia de una disposición, criterio o práctica que afecta de modo sustancialmente más perjudicial a un grupo definido, en comparación con otras personas puestas en situación similar.

PRESUPUESTOS QUE DETERMINAN LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Cuando el acceso a la prueba es muy difícil o imposible, la Corte acepta que el demandante proporcione un acervo probatorio menos completo. Esto ocurre mayoritariamente en caso de discriminación indirecta *de facto*, basada en las prácticas locales y no en las normas, donde el motivo verdadero normalmente solo lo conoce la autoridad estatal que la ejecuta.

Las circunstancias pueden llevar a la Corte a decretar la inversión de la carga de la prueba, en particular según el comportamiento de los órganos del Estado (1). En otros casos, la proporcionalidad entre el objetivo y el tipo de distinción operada es la razón fundamental que lleva al juez a invertir la carga de la prueba (2).

La inversión de la carga de la prueba basada en el análisis de las circunstancias

En el asunto *Nachova y otros vs. Bulgaria* (CEDH, 6 de julio de 2005) la gran sala de la Corte abordó por primera vez la cuestión de la carga de la prueba en el marco de presuntos asesinatos cometidos por agentes de policía búlgaros contra miembros de la minoría Rom.

La CEDH ha sido enfática al recordar que la carga de la prueba tiene un tratamiento general que responde al principio de derecho internacional *affirmanti incumbit probatio*. En este sentido, quien alega una violación debe probar su existencia y la inversión de la carga probatoria a favor de las víctimas presuntas es una excepción que depende de ciertas circunstancias:

De acuerdo con la jurisprudencia unificada de esta Corte, la prueba es el producto de la coexistencia de inferencias suficientemente fuertes, claras y concordantes o de similares presunciones de hecho que no han sido refutadas. Además, el nivel de la persuasión necesaria para llegar a una conclusión en particular y, en este sentido, la distribución de la carga de la prueba, están intrínsecamente ligados a la especificidad de los hechos, la naturaleza de la acusación formulada y el artículo del Convenio que está en juego. La Corte está también atenta a la gravedad derivada de un fallo contra un Estado contratante como violador de derechos fundamentales (CEDH, 6 de julio de 2005, 147. Traducción propia).

En el análisis de circunstancias, el comportamiento de los órganos del Estado ocupa un papel fundamental en la decisión de la Corte:

(...) En los casos en que las autoridades no han seguido líneas de examen claramente justificadas en su investigación sobre los actos de violencia por parte de agentes del Estado y han pasado por alto la evidencia de una posible discriminación, la Corte podría, al examinar las denuncias con arreglo al artículo 14 de la Convención, llegar a conclusiones negativas o invertir la carga de la prueba en contra del gobierno demandado (CEDH, 6 de julio de 2005, 128. Traducción propia).

En el asunto *Nachova vs. Bulgaria*, la Corte señaló que la conducta de las autoridades investigadoras puede justificar la inversión de la carga de la prueba y llevar al juez europeo a exigir del gobierno pruebas adicionales o una explicación convincente de que los hechos denunciados no fueron causados por conductas discriminatorias (CEDH, 6 de julio de 2005, 128).

En el asunto *Baczkowski y otros vs. Polonia*, la CEDH ratificó que:

El grado de convicción necesaria para llegar a una conclusión particular y la repartición de la carga de la prueba, están intrínsecamente ligadas a la especificidad de los hechos, a la naturaleza de la acusación y al derecho del Convenio presuntamente violado (CEDH, 3 de mayo de 2007, 95-101).

En efecto, en el análisis de la naturaleza de la acusación, cuando la finalidad de la distinción es claramente inaceptable, la carga de la prueba puede ser invertida en beneficio del demandante y a expensas del Estado acusado. Esto ocurre precisamente porque la ausencia de objetivo legítimo endurece el control de la Corte. Es el caso de las discriminaciones basadas en el origen étnico, el sexo y la religión, entre otras. En estos casos se presume la ausencia de objetivo legítimo, por consiguiente el Estado debe desvirtuar la naturaleza prohibida de la distinción y no simplemente haber actuado de buena fe (p. ej., CEDH, 6 de julio de 2005, 156; CEDH, 20 de junio de 2006, 82).

Cuando la discriminación es el resultado de una práctica, el motivo de la distinción reviste la mayor importancia. En la sentencia *Zarb Adami vs. Malta*, por ejemplo, la Corte observó la existencia de una práctica bien asentada en el país que convoca a un número insignificante de mujeres para servir como jurados en contraposición a una mayoría masculina que se ve compelida a prestar este servicio social obligatorio (CEDH, 20 de junio de 2006, 75). En esta ocasión, la Corte recordó igualmente que las discriminaciones basadas en prácticas locales (*de facto*) también son contrarias al Convenio (CEDH, 20 de junio de 2006, 76).

La Corte ha reconocido como jurisprudencia constante que las dificultades que experimentan los demandantes para proporcionar

una prueba de tratamiento discriminatorio justifican reglas de prueba menos estrictas en caso de discriminación *de facto*, a fin de garantizarles a las personas afectadas el goce efectivo de sus derechos (CEDH, 13 de noviembre de 2007, 186). Esta hipótesis se aplica, por ejemplo, cuando una medida formulada neutralmente produce un efecto perjudicial y desproporcionado sobre un grupo humano o un individuo. En estos casos la Corte no le exige al demandante probar la intención discriminatoria (CEDH, 13 de noviembre de 2007, 175, 186).

Finalmente, el análisis de las circunstancias no invierte la carga de la prueba de modo automático. Es importante señalar que el juez conserva total discrecionalidad para decretar la inversión de la carga de la prueba y, en este sentido, el análisis del derecho presuntamente violado cumple un papel de igual relevancia en el análisis judicial.

La inversión de la carga de la prueba a partir del análisis del derecho presuntamente violado

Si, por regla general, corresponde a la presunta víctima probar la violación de derecho que alega, esta distribución probatoria resulta problemática y de escasa efectividad cuando, por ejemplo, el testimonio del demandante se enfrenta directamente al del presunto autor de la violación, sin mediación de mejor prueba de cargo o de descargo.

La Corte se vio llamada a pronunciarse en torno a este problema, en principio, en casos de tratos crueles, inhumanos y degradantes (artículo 3 del Convenio) cometidos contra personas detenidas. Después de la sentencia *Tomasi vs. Francia* (CEDH, 27 de agosto de 1992, 110-111) y, en particular, en el asunto *Selmouni vs. Francia* la Corte subrayó la necesidad de establecer una inversión de la carga de la prueba a través del establecimiento de una “presunción de imputabilidad” según la cual

Cuando un individuo es detenido estando en buenas condiciones de salud y se constata que se encuentra herido al momento de su liberación, corresponde al Estado proporcionar una explicación plausible acerca del origen de las heridas, so pena de ver aplicado el artículo 3 del Convenio (CEDH, 28 de julio de 1999, 87. Traducción propia).

En el marco de la violación presunta del derecho a la vida (artículo 2 del Convenio), la Corte ha reiterado que cuando los hechos están vinculados entera o mayoritariamente al conocimiento de las autoridades, la carga de la prueba corresponde al Estado, que debe proporcionar explicaciones convincentes y satisfactorias de la legitimidad y proporcionalidad de su conducta (CEDH, 6 de julio de 2005, 157).

En el asunto Orsus y otros vs. Croacia, relativo a niños de la minoría Rom, la Corte se pronunció en casos de procedimientos arbitrarios y debido proceso (artículo 6-1 del Convenio). Señaló como jurisprudencia permanente que una política o medida general aparentemente neutral pero con efectos desproporcionados y perjudiciales en personas o grupos que, como en este caso, son identificables únicamente sobre la base de criterios étnicos, puede ser considerada discriminatoria, no obstante el hecho de que no esté específicamente dirigida a ese grupo, incluso si la medida está objetivamente justificada por un objetivo legítimo y los medios usados son proporcionales, necesarios y apropiados pues, en esta situación particular, el análisis de la Corte se centra en la discriminación *de facto* resultante de la aplicación de la política estatal y se invierte la carga de la prueba (CEDH, 16 de marzo de 2010, 150).

Como puede constatarse, la inversión de la carga de la prueba coincide con una reducción del margen de apreciación de los Estados y con un control de proporcionalidad más estricto por parte de la Corte. Cuando existe un consenso entre los Estados en cuando al tratamiento que debe dispensarse en una situación dada (p. ej., prohibición de tratos crueles, respeto del derecho a la vida, igualdad por razones de sexo, etnia y religión) el margen de apreciación del Estado es severamente reducido y el control judicial europeo estricto.

En todo caso, los alegatos de tratamiento discriminatorio ponen al demandante y al Estado en situación de satisfacer requerimientos precisos, mínimos y máximos, con miras a obtener el pronunciamiento de la Corte.

PROCEDIMIENTO DE INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Si los principios en derecho son estables, la Corte ha decidido descartar el principio *affirmanti incumbit probatio* por cuestiones ligadas a la efectividad en casos aplicados a la cláusula de no discriminación, sobre la base de un análisis de circunstancias, naturaleza de la acusación y derecho del Convenio presuntamente violado.

En este marco, la CEDH puede autorizar a los demandantes que invocan el artículo 14 del Convenio, para que hagan uso de un estándar de prueba menos exigente como prueba sumaria y trasladen la carga probatoria en cabeza del Estado.

La prueba sumaria suministrada por el demandante

Cuando la carga de la prueba se invierte, la prueba exigida al demandante no tiene el nivel de complejidad y valor requerido

normalmente. El demandante debe centrarse en proporcionar la prueba sumaria de la existencia de un tratamiento diferente fundado en un motivo prohibido, sin que medie una justificación objetiva y razonable.

La prueba debe centrarse en los actos y no extenderse a las actitudes (subjetivas) de los presuntos autores de los hechos materiales de la violación. La Corte ha señalado que el alegato genérico de la preexistencia de prejuicios y los detalles contextuales de la discriminación, en sentido genérico, no tienen efectos probatorios (Consejo de Europa, 2010, 135).

La prueba sumaria no necesita demostrar una intención de discriminar derivada de la norma o la práctica estatal. El demandante debe, por consiguiente, concentrarse en aportar elementos de prueba sobre los “efectos” discriminatorios de las prácticas o normativas y no en sus intenciones. Este procedimiento quedó asentado en la sentencia D.H vs. República Checa, en el asunto relativo a los niños de la minoría tsigana (CEDH, 13 de noviembre de 2007, 79), en la que la Corte no señaló la irrelevancia de los propósitos previstos por la norma para las “escuelas especiales”.

Con la intención de fortalecer la conformación de la prueba sumaria, la Corte ha aceptado la presentación de estudios generales y documentos estadísticos.

En la sentencia D.H vs. República Checa, los demandantes aportaron datos estadísticos recolectados por ellos mismos con el objetivo de probar que los menores de la etnia tsigana eran víctimas de trato discriminatorio en el acceso a los centros educativos. En este asunto, incluso si la Corte no otorgó una entera credibilidad a las estadísticas aportadas, estimó que cuando los demandantes aportan documentos estadísticos, una vez sometidos a un examen crítico, pueden contribuir a la prueba sumaria exigida al demandante (CEDH, 9 de noviembre de 2007, 18, 187-188):

(...) La Corte considera que cuando se trata de evaluar el impacto de una medida o práctica sobre un individuo o grupo, las estadísticas que aparecen en el examen de fondo, si son confiables y significativas serán suficientes para constituir la prueba *prima facie* que el solicitante necesita producir. Esto no significa, sin embargo, que la discriminación indirecta no se puede probar sin evidencia estadística (CEDH, 13 de noviembre de 2007, 188. Traducción propia).

En este punto es preciso aclarar que la estadística aportada puede ser considerada insuficiente como prueba sumaria de discriminación y el demandante debe estar preparado para suministrar otros elementos que puedan soportar sus afirmaciones (CEDH, 16 de marzo de 2010, 152).

En el asunto *Opuz vs. Turquía*, la demandante había sido víctima de violencia conyugal y su madre había sido asesinada por su marido. Alegó haber sido presionada por la policía para no denunciar a su marido y, posteriormente, retirar las denuncias interpuestas. En este caso, la Corte, por primera vez en su jurisprudencia, incluyó en su análisis de contexto los informes de las ONG para establecer que la policía pudo haber presionado a la demandante para retirar las denuncias, como parte de una práctica discriminatoria contra las mujeres, dando por supuesto que para la demandante era imposible aportar un medio de prueba al respecto, más allá de su propio testimonio (CEDH, 9 de junio de 2009, 91, 94, 98, 99, 105).

Efectivamente, la inversión de la carga de la prueba beneficia al demandante con una “presunción de discriminación”. Sin embargo, esta se somete a prueba en contrario. Por lo tanto, al Estado encausado puede, en todo caso, suministrar el acervo probatorio suficiente para convencer a la Corte de la justeza de su acción en el marco de los compromisos convencionales.

La obligación probatoria del Estado cuestionado

En 2012, en el asunto *Rangelov vs. Alemania*, en un caso de detención arbitraria (artículo 5 del Convenio) y presunta discriminación por motivos nacionales, la Corte defendió como jurisprudencia consolidada que, en materia de carga de la prueba en relación con el artículo 14 del Convenio, cuando el demandante ha mostrado una diferencia de tratamiento, es al Gobierno a quien corresponde demostrar que tal distinción estuvo justificada (CEDH, 2012, 88).

En 2010, en el asunto *Orsus y otros vs. Croacia*, la Corte ya había afirmado que “Cuando el demandante produce la prueba sumaria de que el efecto de una medida o práctica es discriminatoria, la carga de la prueba se invierte en cabeza del Estado, que tiene el deber de demostrar que la diferencia de tratamiento no es discriminatoria (CEDH, 16 de marzo de 2010, 150. Traducción propia).

La inversión de la carga de la prueba supone que es el Estado el que debe soportar el riesgo de no estar en condiciones de convencer al juez de que la distinción operada contra el demandante no tiene un carácter discriminatorio. En este sentido, la calidad de la prueba, la insuficiencia de la misma y la subsistencia de la duda razonable juegan en contra del Estado defensor, considerado como la parte más fuerte en el proceso.

La sentencia *D.H. y otros vs. República Checa* ofrece un ejemplo de particular importancia para ilustrar las consecuencias de

este postulado, que consolida los desarrollos expuestos en el asunto Nachova c. Bulgaria (CEDH, 6 de julio de 2005, 156).

D.H y otros vs. República Checa es un ejemplo de casos en los cuales el principio de la duda razonable opera en favor de la víctima y en contra del Estado. En esta ocasión, la Corte expresó que, incluso en presencia de ciertas dudas relativas a las verdaderas razones discriminatorias subyacentes, la ausencia de una prueba suficiente que excluya la discriminación tiene como consecuencia la condena del Estado (CEDH, 13 de noviembre de 2007, 189).

Como es evidente, el reto impuesto al Estado consiste en refutar la presunción *de facto* que opera en su contra.

El Estado puede destruir la presunción a través de dos medios: 1) destruyendo la analogía y 2) desvirtuando el uso de motivos prohibidos. Si el Estado no logra destruir la presunción puede, en algunos casos, aportar elementos justificativos de los fundamentos objetivos y razonables de la distinción operada aunque, por lo general, este argumento no supera el análisis de proporcionalidad.

En la primera hipótesis, destruir la analogía supone demostrar que la persona demandante no se encuentra en la misma situación que el resto de la población con la que pretende ser comparada.

En algunos casos, como en la distinción fundada en la nacionalidad, no existe realmente un principio de presunción de discriminación y el objetivo del Estado no es considerado, a priori, ilegítimo. Por lo tanto, el Estado debe simplemente destruir la analogía que pudiera pretender que esa persona tiene los mismos derechos que otra, puesta en su misma situación.

La destrucción de la analogía como prueba del Estado fue operada, por ejemplo, en el asunto Moustaquim vs. Bélgica, en el que el demandante, extranjero residente condenado por delitos contra el orden económico, fue objeto de expulsión del territorio belga. Aunque argumentó discriminación por razones de nacionalidad, aportando prueba sumaria de que los ciudadanos belgas no pueden ser objeto de expulsión incluso cuando han sido condenados por delitos mayores, la Corte fue enfática al destruir la analogía planteada, simplemente por el hecho de que un nacional y un extranjero no se encuentran en la misma situación de derechos y obligaciones con respecto al Estado; por consiguiente, la distinción hecha por el Estado no puede ser considerada discriminatoria (CEDH, 18 de febrero de 1991, 49).

En 2012, en el asunto Gas y Dubous vs. Francia, la Corte tuvo ocasión de reforzar su jurisprudencia sobre la construcción de la analogía y el margen de apreciación de los Estados (CEDH, 15 de

marzo de 2012). En este caso, la Corte analizó la demanda de adopción de una pareja homosexual comparándola con la de un individuo homosexual y el tratamiento recibido por las parejas heterosexuales, en el marco de la ley francesa. En efecto, la Corte señaló que recordó en su jurisprudencia constante que “Los Estados contratantes gozan de un cierto margen de apreciación para determinar si y en qué medida las diferencias entre situaciones y otras cuestiones análogas justifican distinciones de tratamiento, incluidas las distinciones de tratamiento jurídico” (CEDH, 15 de marzo de 2012, 58. Traducción propia).

Por lo tanto, el Estado goza de un margen para aplicar sus dispositivos jurídicos internos. En esta ocasión, la Corte recordó que del análisis combinado de los artículos 8 y 14 del Convenio (vida privada y familiar) no se deduce un derecho al matrimonio homosexual y que el hecho de que los Estados concedan estatutos diferentes a estas parejas no supone un tratamiento discriminatorio porque las situaciones no son análogas (CEDH, 15 de marzo de 2012, 64-68).

En la segunda hipótesis, destruir la presunción de motivos prohibidos supone demostrar que el objetivo perseguido por el Estado fue legítimo, los medios empleados proporcionales y las razones de la distinción operada no tuvieron como base un motivo discriminatorio. En el proceso de destruir la presunción de motivos prohibidos, la Corte ha estimado que la explicación aportada por el Estado debe ser “satisfactoria y suficiente”, cuando los hechos en su totalidad o en una gran medida solo son conocidos por sus funcionarios (CEDH, 13 de noviembre de 2007, 178-179).

Precisamente en este sentido, en el asunto *Timishev vs. Rusia*, la Corte fue enfática al señalar que el Estado tiene la obligación de destruir la presunción de distinción por motivos prohibidos cuando pesa en su contra y siempre que el demandante sea protegido por la inversión de la carga de la prueba. En este caso, el gobierno ruso había rehusado la autorización al señor *Timishev* para entrar en la región *Kabardino-Balkaria* y el demandante alegó que este rechazo se basó únicamente en su origen étnico checheno (CEDH, 13 de diciembre de 2005, 11). Siendo la distinción por motivos étnicos prohibida por la cláusula de no discriminación, el Estado debió (y no pudo) destruir la presunción de una motivación prohibida, es decir, probar que otros motivos legítimos y razonables animaron su conducta (CEDH, 13 de diciembre de 2005, 40-49; CEDH, 16 de marzo de 2010, 155).

Como se ha dicho antes, en algunos casos el Estado puede aportar elementos de prueba acerca del carácter razonable y justificado de la distinción operada, en el marco de una sociedad democrática. En este punto, la Corte ha sido enfática al afirmar que, si el Estado tiene el

deber de probar más allá de la duda razonable que la distinción alegada no es discriminatoria (*de facto* y *de jure*) y si, teniendo en su cabeza la carga de la prueba, no lo hace, la Corte dará por probada la presunción de la existencia de un tratamiento discriminatorio constitutivo de una violación del artículo 14 del Convenio (CEDH, 13 de noviembre de 2007, 189).

Finalmente, la Corte ha señalado en reiterada jurisprudencia que el Estado no puede alegar el consentimiento de la víctima presunta como excusa de la discriminación (CEDH, 6 de julio de 2005, 145; CEDH, 13 de diciembre de 2005, 56; CEDH, 13 de noviembre de 2007, 202; CEDH, 16 de marzo de 2010, 168).

Como ha quedado expuesto, la inversión de la carga de la prueba supone serios retos para el Estado defensor y abre una serie de posibilidades adicionales de protección que, por lo regular, tienden a proteger a los demandantes que se encuentran en posiciones de debilidad manifiesta frente al poder del Estado. Esta práctica, no obstante, suscita algunas inquietudes que deben ser abordadas.

CONSIDERACIONES FINALES

La primera preocupación que suscita la inversión de la carga de la prueba a favor de los demandantes es el riesgo de generalización. Autores como *Edel* (2010, 127) sostienen que esta práctica judicial puede crear efectos de colectivización de la justicia. Valdría la pena llamar la atención sobre la tradición profundamente individual del mecanismo de protección del Convenio ante la Corte. Esta tradición ha sido afirmada sistemáticamente en la jurisprudencia de la CEDH que no admite peticiones de interés general (*actio popularis*) ni alegatos desvinculados a la protección de los derechos civiles y políticos protegidos por el Convenio.

Por lo tanto, la preocupación de una colectivización de la justicia no tendría, en principio, ningún asidero, si se recuerda que la Corte ha establecido claramente los procedimientos y los elementos por considerar a la hora de invertir la carga de la prueba. No puede olvidarse, en el mismo sentido, que la Corte conserva total discrecionalidad para autorizar esta flexibilización y puede, en todo momento, exigir mayores esfuerzos probatorios de las partes en presencia.

Por el contrario, podría decirse que la Corte ha llevado a cabo una actualización de la jurisprudencia europea en materia de cláusula de no discriminación que va mucho más en el sentido de los compromisos adquiridos por los Estados en el siglo XXI en la lucha contra los tratos discriminatorios. La compatibilidad de la inversión de la carga de la

prueba con la modernización de la justicia europea va de la mano con las exigencias prácticas. Como es bien sabido, este tribunal que se ve confrontado a casos provenientes de nuevos Estados adherentes, en los que las prácticas locales de discriminación por razones de sexo, etnia, nacionalidad y religión, entre otras, continúan siendo de actualidad en los informes de los órganos internacionales y la capacidad de maniobra del individuo continúa siendo bastante limitada.

Por último, la inversión de la carga de la prueba también supone una distinción clara entre el procedimiento internacional de responsabilidad en materia de derechos humanos que involucra a los Estados y los procedimientos internos de naturaleza civil o penal que conciernen a los individuos.

Podría generarse confusión si se trata de estudiar la compatibilidad entre la inversión de la carga de la prueba y el principio de favorabilidad que debe prevalecer en favor del acusado. Cabe recordar, simplemente, que el *indubio pro reo* es un principio de derecho penal, aceptado igualmente en derecho internacional penal, que no tiene asidero necesariamente en otras áreas del derecho internacional, en particular, en lo relativo al de los derechos humanos.

Es claro que la carga de la prueba no puede invertirse en materias penales, como también lo es que la jurisdicción internacional de derechos humanos se ocupa del derecho internacional de los derechos humanos y, en este ámbito, la carga de la prueba puede, como lo viene haciendo la CEDH, invertirse en favor de los demandantes.

La diferencia de naturaleza de las materias abordadas explica, finalmente, la razón, aunque los procesos nacionales competen exclusivamente al Estado en el marco de su soberanía. Con independencia de los resultados del procedimiento aplicado en el plano interno, una sentencia de culpabilidad o inocencia de los funcionarios estatales no puede excluir al Estado de su responsabilidad internacional en el marco de sus compromisos convencionales.

REFERENCIAS

- CEDH - Ancienne Cinquième Section (15 de marzo de 2012). *Affaire Gas et Dubois vs. France*. Requête n.º 25951/07. *Arrêt*.
- CEDH - Chamber (16 de septiembre de 1996). *Case of Gaygusuz vs. Austria*. Reports 1996-IV. *Judgment*.
- CEDH - Chambre. (18 de febrero de 1991). *Affaire Moustaquim vs. Belgique*. Série A n.º 193, requête n.º 12313/86. *Arrêt*.
- CEDH - Cour Chambre (22 de agosto de 1992). *Affaire de Tomasi vs. France*. Requête n.º 12850/87. *Arrêt*.

- CEDH - Fifth Section (22 de marzo de 2012). Case of Rangelov vs. Germany. Application n.º 5123/07. *Judgment*.
- CEDH - First Section (17 de enero de 2006). Case of Aristimuño Mendizabal vs. France. Application n.º 51431/99. *Judgment*.
- CEDH - Fourth Section (20 de junio de 2006). Case of Zarb Adami vs. Malta. Application n.º 17209/02. *Judgment*.
- CEDH - Grand Chamber (13 de noviembre de 2007). Case of D.H. and others vs. The Czech Republic. Application n.º 57325/00. *Judgment*.
- CEDH - Grand Chamber (16 de marzo de 2010). Case of Oršuš and others vs. Croatia. Application n.º 15766/03. *Judgment*.
- CEDH - Grand Chamber (6 de abril de 2000). Case of Thlimmenos vs. Greece. Application n.º 34369/97. *Judgment*.
- CEDH - Grand Chamber (6 de julio de 2005). *Case of Nachova and others vs. Bulgaria*. Applications n.º 43577/98 and n.º 43579/98. *Judgment*.
- CEDH - Grande Chambre (28 de julio de 1999). *Affaire Selmouni vs. France*. Requête n.º 25803/94. *Arrêt*.
- CEDH - Second Section (13 de diciembre de 2005). Case of Timishev vs. Russia. Applications n.º 55762/00 and n.º 55974/00. *Judgment*.
- CEDH - Third Section (9 de junio de 2009). Case of Opuz vs. Turkey. Application n.º 33401/02. *Judgment*.
- CONSEJO DE EUROPA (2010). *Manual de legislación europea contra la discriminación*. Luxemburgo.
- EDEL, Frédéric (2010). *L'interdiction de la discrimination par la Convention européenne des droits de l'homme*. Strasbourg: Conseil de l'Europe.