



revista internacional  
de derechos humanos

edición **21**

- DOSSIER SUR SOBRE DROGAS Y DERECHOS HUMANOS -

*Organizaciones no gubernamentales y política de drogas*  
**Rafael Custódio**

*Eslóganes vacíos, problemas reales*  
**Carl L. Hart**

*Políticas de drogas y salud pública*  
**Luís Fernando Tófoli**

*Brasil: reflexiones críticas sobre una política de drogas represiva*  
**Luciana Boiteux**

*El elefante en la habitación: drogas y derechos humanos en América Latina*  
**Juan Carlos Garzón, Luciana Pol**

*Asia: promoviendo políticas de droga más humanas y eficaces*  
**Gloria Lai**

*África Occidental: ¿Una nueva frontera para las políticas de droga?*  
**Adeolu Ogunrombi**

*Avances en la política de drogas en Uruguay*  
**Milton Romani Gerner**

*La ONU en 2016: un momento decisivo*  
**Anand Grover**

- ENSAYOS -

*Poderes regulatorios estatales en el pluralismo jurídico global*  
**Víctor Abramovich**

*Mentiras grabadas en mármol y verdades pérdidas para siempre*  
**Glenda Mezarobba**

*¿Es la acción humanitaria Independiente de intereses políticos?*  
**Jonathan Whittall**

- IMÁGENES -

*“Protestas globales - A través del lente de los fotógrafos”*  
**Leandro Viana**

- EXPERIENCIAS -

*Ocupando Hong Kong*  
**Kin-man Chan**

- PANORAMA INSTITUCIONAL -

*Filantropía familiar en Brasil*  
**Inês Mindlin Lafer**

- DIÁLOGOS -

*“Cada voz cuenta”*  
**Kasha Jaqueline Nabagesera**

*“Ellos tienen que entregarnos a nuestros compañeros con vida”*  
**Gerardo Torres Pérez, María Luisa Aguilar**

- VOCES -

*La vigilancia masiva de los E-mails: la próxima batalla*  
**Anthony D. Romero**

ENSAYOS

# PODERES REGULATORIOS ESTATALES EN EL PLURALISMO JURÍDICO GLOBAL

**Víctor Abramovich**

- *Cómo los regímenes económicos internacionales imponen a los Estados mandatos contradictorios con los derechos humanos.*

## RESÚMEN

*En el artículo se problematiza como el pluralismo jurídico global plantea a los Estados mandatos contrapuestos, que responden a enfoques y punto de partida opuestos para examinar los mismos conflictos. A lo largo del texto son presentados tres ejemplos de la contradicción presente entre la regulación económica y el régimen de derechos humanos: el régimen de protección de inversión extranjera, el régimen global de concesiones mineras, y el régimen internacional del comercio. En estos ejemplos, el autor argumenta como los diferentes actores, empresas transnacionales, comunidades locales afectadas y sus redes de activismo global, buscan un "foro más favorable" dentro de la constelación legal internacional, para presentar sus demandas y proteger sus intereses. Sin embargo, no existen reglas ni mecanismos para dirimir estas contradicciones jurídicas.*

## PALABRAS CLAVE

Inversión extranjera | Regulación económica | Concesiones mineras | Régimen internacional del comercio | Pluralismo jurídico

• • •

La autonomía y segmentación de los diversos regímenes internacionales<sup>1</sup> implica que dimensiones de un mismo problema jurídico sean tratadas por diferentes regímenes con enfoques, principios, y procedimientos propios, refractarios a la influencia de los demás, y con fuertes contradicciones entre ellos. Esto tiene consecuencias concretas sobre el alcance y la exigibilidad de los derechos, al proyectar sobre los Estados nacionales obligaciones disímiles, y con frecuencia también obligaciones directamente contrapuestas.

Si bien el proceso de globalización como tendencia morigeradora el ejercicio de soberanía westfaliana, en el sentido de exclusión de injerencia externa, los Estados nacionales conservan un amplio poder de regulación económica. Además, en los últimos años varios Estados sudamericanos han comenzado a regular cuestiones económicas que habían sido desreguladas, o bien nunca se habían regulado. Este proceso se sostiene en lo jurídico por el desarrollo de un derecho social más robusto, reforzado en gran medida por el derecho internacional de derechos humanos, y un enfoque más abierto a la intervención del Estado en la vida económica y en el impulso de políticas sociales.<sup>2</sup>

El constitucionalismo social de nuevo cuño en Sudamérica, y el régimen internacional de derechos humanos constitucionalizado en la región, han ampliado considerablemente los deberes estatales de protección y garantía de

los derechos fundamentales. El deber de protección, tal como lo concibe el régimen de derechos humanos, obliga a los Estados nacionales a actuar con debida diligencia para prevenir afectaciones de los derechos por *actores no estatales*, producir información sobre los grupos o colectivos estructuralmente discriminados o excluidos, y adoptar acciones afirmativas, medidas preventivas y reparaciones adecuadas y transformadoras, ante las situaciones extendidas, o ante patrones sistemáticos que producen o reproducen esa desigualdad de ciudadanía.

Además, la relectura de los derechos civiles en clave de igualdad estructural amplía las obligaciones positivas de los Estados e incluso la responsabilidad indirecta de los Estados por la acción de particulares cuando existen riesgos que un Estado puede razonablemente prever y evitar. Además, el reconocimiento constitucional y legislativo de derechos sociales (laborales, de seguridad social, de usuarios, salud, educación etc.), culturales y ambientales, proyecta sobre los Estados una considerable ampliación de las funciones estatales.

Una consecuencia directa de este proceso es la extensión de las funciones *prestacionales de los Estados*, y la ampliación de los *deberes de regulación* de las relaciones económicas, de las actividades empresariales, y de los mercados. Así, por ejemplo, el derecho ambiental impone regulaciones en los procesos productivos de las empresas, en el desarrollo de actividades extractivas, mediciones de riesgos, y marcos para la reparación de los daños colectivos. El derecho de los consumidores obliga a regular mecanismos de producción de información y de consulta, modera la autonomía contractual, e impone medidas de reparación de daños basados en riesgos objetivos y de alcance colectivo (o que contemplan la afectación de intereses individuales homogéneos). Los derechos culturales de los pueblos indígenas sobre sus territorios, tierras y recursos naturales, imponen mandatos regulatorios de las actividades mineras y extractivas, la creación de marcos y procedimientos de consulta y búsqueda de consentimiento, la determinación de sistemas de participación en los beneficios de las empresas inversoras, y la prohibición directa de determinadas formas de explotación de esos recursos.

Igualmente, el emergente derecho a la salud impone fuertes deberes de regulación de los prestadores privados de salud, pisos mínimos, prestaciones para los sistemas privados o semipúblicos, el resguardo de sectores o grupos tradicionalmente discriminados, prestaciones predeterminadas por el Estado para evitar abusos contractuales y deberes de reparación específicos, basados en la prevención de riesgos. El emergente derecho a la comunicación social impone obligaciones de producción de información pública, y a la vez el deber estatal de evitar la concentración indebida de los medios de comunicación, y de garantizar el acceso a la expresión en la esfera pública de grupos o sectores históricamente relegados. El principio de igualdad estructural o de apoyo a grupos subordinados, obliga a regular medidas de acción afirmativa (por género, raza, condición social, o discapacidad) en los ingresos al sistema educativo privado, o en los procesos de contratación laboral, o en el acceso a servicios sociales o a servicios públicos.

Estos nuevos campos de regulación estatal afectan en varios casos intereses de empresas privadas nacionales y transnacionales, imponen restricciones a la propiedad y a la autonomía contractual, y autorizan la injerencia estatal en diversas esferas del mercado y de la actividad económica. Además, la ampliación de mandatos regulatorios para tutelar derechos entra en tensión con los mandatos “desreguladores” que imponen los mencionados regímenes económicos internacionales, orientados a la protección de los mercados. En lo que sigue procuraremos presentar algunos ejemplos que ilustran esta divergencia.

Este artículo procura presentar un panorama general de algunas discusiones en curso sobre la conformación de una pluralidad de regímenes internacionales, sus relaciones, divergencias, y posibles convergencias. Para ello, serán presentados ejemplos de cómo los diversos ordenamientos internacionales proyectan sobre los Estados nacionales mandatos contrapuestos en el campo de la regulación de las relaciones económicas. Ilustraremos algunos casos particulares de ejercicios de armonización de los diversos sistemas legales. En especial, usaremos como ejemplo el régimen de protección de inversión extranjera, el régimen global de concesiones mineras, y el régimen internacional del comercio. Por último, describiremos como los diferentes actores, empresas transnacionales y comunidades locales afectadas y sus redes de activismo global, buscan el *foro más favorable* dentro de la constelación legal internacional, para presentar sus demandas y proteger sus intereses.

## El régimen de protección de inversión extranjera

El régimen político sudafricano que sucedió a la abolición del sistema de segregación racial, impulsó una serie de políticas públicas en el área económica que buscaban incluir a los sectores sociales históricamente expulsados de las actividades comerciales y productivas. La lógica detrás de estas medidas, era contribuir en los hechos para dismantelar las consecuencias del *apartheid*, con acciones afirmativas en la esfera económica, similares a las implementadas por ejemplo en el acceso a los empleos del sector público, y los planes de vivienda en ciudades segregadas. Las medidas de integración racial, exigían a las empresas de ciertos sectores estratégicos la incorporación como socios y la contratación de una mínima proporción de gerentes provenientes de la población mayoritaria negra. Las medidas fueron cuestionadas como expropiatorias por empresarios italianos del sector minero, que invocaron el alcance del derecho a un trato justo y equitativo en los tratados bilaterales de protección de inversión (TBIs).<sup>3</sup>

En 2010 los demandantes desistieron del reclamo por considerar que el gobierno sudafricano había adoptado medidas que satisfacían el reclamo. Para muchos estudios, esta acción ante el mecanismo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), tuvo un efecto inhibitor (“enfriamiento regulatorio”) sobre el gobierno nacional en el impulso de este tipo de acciones afirmativas en la esfera económica, ante las perspectiva de nuevos reclamos internacionales de los inversores extranjeros en algunos sectores estratégicos de la economía como el sector minero.

Los TBI estandarizados y algunas normas multilaterales (por ejemplo las que regulan el CIADI del Banco Mundial, o las incorporadas al NAFTA,<sup>4</sup> o al MERCOSUR), así como las interpretaciones, principios y estándares fijados por los tribunales arbitrales y paneles de arbitraje creados por esas normativas, configuran un régimen internacional orientado al objetivo principal de proteger la propiedad privada del inversor extranjero, y en general a la preservación de la integridad patrimonial de la empresas trasnacionales en las economías de los países emergentes. Este régimen incluye una regla general de *trato justo y equitativo*, que se enuncia como un principio de no discriminación, o de igualdad formal ante la ley a favor del inversor extranjero en relación con el trato que se brinde a un inversor nacional.

La lectura de los tribunales arbitrales de esta cláusula, fue estirando el principio de igualdad formal, y configurando gradualmente una suerte de *garantía de absoluta estabilidad de los marcos jurídicos* tenidos en cuenta por el inversor al momento de decidir el negocio. Así, se entiende como comprendida en la noción de trato justo, la preservación de las “*legítimas expectativas*” del inversor respecto del comportamiento del Estado receptor. Se trata de una noción ambigua y subjetiva, que excede el concepto más claro de “*confianza legítima*” que orienta la figura de los “*actos propios*” de los Estados en el derecho internacional público.<sup>5</sup> El concepto de “*legítimas expectativas del inversor*” funciona como un parámetro para analizar la razonabilidad de las políticas y normas derivadas del ejercicio de poderes regulatorios, permitiendo impugnar aquellas que pueden cambiar o alterar las condiciones de mercado, y las expectativas de rentabilidad, consideradas al momento inicial de la inversión.

La afectación de estas expectativas de ganancia se asimila a una expropiación indirecta (*taking of property*) habilitando reclamos indemnizatorios. Este concepto de expropiación indirecta permite a un inversor cuestionar normas jurídicas o políticas generales de los Estados nacionales en temas ambientales, de servicios sociales, de salud, que pueden tener como consecuencia afectar las expectativas de ganancias definida por la empresa al momento de decidir la inversión en el país receptor.<sup>6</sup> Esta lectura de la cláusula de trato justo y el concepto de expropiación indirecta, impone fuertes restricciones a los poderes regulatorios, pues los Estados jamás pueden prever las situaciones sociales y económicas sobrevinientes a la recepción de la inversión, o que se produzcan durante la operatoria, de modo de asegurar la intangibilidad del entorno legal y económico en el que se desarrolla un proyecto. Además, tienen el deber de preservar intereses sociales imperativos en escenarios de crisis o emergencias, de modo que con frecuencia deberán implementar políticas públicas o imponer normativas que puedan cambiar el escenario inicial de la inversión.

A partir de una interpretación exorbitante, la cláusula de trato justo y equitativo, deviene en una *cláusula de estabilización*, que busca petrificar los marcos regulatorios e incluso las políticas públicas nacionales. Esta lectura excede considerablemente el principio básico de igualdad ante la ley entre nacionales y extranjeros del derecho internacional público, pues a la luz de la interpretación amplia que le brindan los laudos arbitrales, se emparenta

mucho más con una regla de trato preferente, consistente en blindar al inversor extranjero ante cualquier cambio de política pública o del marco legal vinculante y obligatorio para los ciudadanos y las empresas nacionales. En lugar de ser una regla de igual protección, deviene un privilegio diferencial.

Los principios de *"trato justo"* y de *"expropiación indirecta"* tienen su fundamento en la protección de la empresa inversora frente a normativas irrazonables o arbitrarias, que por ejemplo prohíben abruptamente y sin justificación actividades antes autorizadas, o cambian desproporcionadamente las reglas impositivas, o ambientales existentes. Como la noción de trato justo y equitativo, el concepto de expropiación indirecta apunta a que no se altere arbitrariamente el marco jurídico estatal considerado al momento de ingresar al negocio, de modo que exige siempre un examen de ponderación de la razonabilidad de las medidas impugnadas. Sin embargo, la interpretación efectuada por los organismos de aplicación, con fuerte sesgo pro empresa, termina prácticamente eliminando el requisito de arbitrariedad, e imponiendo una suerte de derecho a la permanencia intocable del marco legal preestablecido, sin considerar los cambios de escenarios, las situaciones excepcionales de crisis o emergencia, y las funciones sociales de los Estados.<sup>7</sup> Además, los órganos del régimen de inversión, son refractarios a los argumentos basados en obligaciones de derechos humanos o constitucionales.<sup>8</sup>

Las personas y comunidades cuyos intereses directos se ven afectados por las disputas, como los usuarios de los servicios prestados por las empresas inversoras, o los beneficiarios de las regulaciones cuestionadas por los inversores, no pueden participar de estos mecanismos, que limitan la controversia a las empresas y al Estado. El caso sudafricano pone en evidencia la tensión entre las políticas de igualdad como estrategias para reestructurar relaciones económicas y sociales segregadas, y las reglas de *"trato justo y equitativo"* y *"expropiación indirecta"* del régimen de inversión, que reducen y condicionan los poderes regulatorios estatales.

Un tema de particular relevancia es la tensión entre el régimen de inversión, y los derechos de los usuarios de servicios públicos. Un caso ilustrativo se dio en Argentina luego de la crisis de 2001, cuando el gobierno de transición congeló las tarifas de servicios públicos domiciliarios (agua, saneamiento, gas, electricidad). El objetivo enunciado fue preservar la canasta básica en el contexto de la crisis económica y social, ante el aumento abrupto de los niveles de pobreza e indigencia. Este congelamiento, sumado a la brusca devaluación de la moneda local, afectó directamente las expectativas de ingresos en dólares de las empresas concesionarias de servicios, que giraban remesas en divisa a sus casas matrices. Implicó en los hechos un cambio del marco regulatorio tenido en cuenta al momento de acordar el ingreso al negocio, que presuponía una actualización periódica de la tarifa según la variación de costos de las empresas. La empresa Suez a cargo del servicio de agua y alcantarillado en la Provincia de Buenos Aires, acudió al centro de arbitraje del Banco Mundial-CIADI invocando el acuerdo bilateral de protección de inversión extranjera que había firmado el gobierno argentino con Francia.

En este caso se planteaba un conflicto jurídico similar al del caso sudafricano. Si el Estado quería asegurar el acceso al servicio público de los usuarios, sobre todo de los sectores que en contextos de crisis requieren mayor protección estatal, necesariamente afectaría la ecuación económico financiera de la empresa inversora. Por lo tanto, provocaría una lesión de su derecho de propiedad en el sentido casi absoluto en que entiende este derecho el régimen de inversión, por lo que esta empresa podría demandar por la vía de los mecanismos previstos en el TBI la consiguiente reparación económica. Pero si el Estado desatendía los derechos de los usuarios de acceso al servicio, podría ser responsabilizado por transgredir normas legales o constitucionales nacionales en los tribunales locales, e incluso demandado en organismos del régimen de derechos humanos. La pluralidad de regímenes y la autonomía entre ellos, hace que las empresas acudan a los *foros más favorables* para condicionar las políticas que las afectan. Se elige el foro y al hacerlo se determina el enfoque y el marco jurídico con el que se será examinada la controversia.

Un aspecto relevante del caso Suez, es que un grupo de organizaciones de usuarios y de derechos humanos, se presentaron en el CIADI –en el formato de *"amigo del tribunal"* (*amicus curiae*) - para plantear una defensa de la política gubernamental de congelamiento de tarifas, argumentando que esa política buscaba proteger intereses y derechos de los usuarios del servicio de agua, y estaba además exigida por las normas de derechos humanos y constitucionales que imponían al Estado la adopción de medidas concretas para paliar los efectos de las crisis

económicas sobre la población en situación de pobreza e indigencia. La forma de la presentación fue un escrito de *amicus curiae* pues el procedimiento ante el CIADI no prevé expresamente que otras personas ajenas a las empresas y el Estado puedan participar de las controversias, ni ser escuchadas.

El panel arbitral aceptó la presentación de *amicus curiae* en el caso particular, sosteniendo que si bien la controversia refería centralmente a la afectación de la inversión empresarial, el Estado había regulado de determinada manera considerando el interés público comprometido en el servicio de agua y saneamiento para una población socialmente vulnerable. Se trató del primer precedente de aceptación de terceros a las partes en una controversia en el CIADI, lo que importa un cambio no menor en la tradicional opacidad y clausura del mecanismo arbitral, aunque el laudo final no pondera los argumentos presentados por los terceros, y considera ilícita la regulación estatal impugnada por la empresa.<sup>9</sup>

Un punto clave para el análisis de la presentación de las organizaciones sociales, en relación con el problema de la autonomía de los *regímenes globales privados*<sup>10</sup> señalada por Teubner<sup>11</sup> es que esta petición utiliza el lenguaje y los conceptos jurídicos del régimen de inversiones, buscando vincular un orden legal con otro. Las organizaciones realizan el esfuerzo de “traducir” y “adaptar” problemas de derechos sociales, para hacerse entender en el lenguaje y con los enfoques y marcos conceptuales del régimen de inversiones. En ese sentido, cuestionan el alcance que los paneles del CIADI y en general el régimen de inversiones, le otorga al concepto de “trato justo y equitativo”, y de “expropiación indirecta”. Argumentan que la interpretación amplia de estos conceptos reduce los márgenes de regulación estatal en asuntos públicos en los que se juegan derechos.<sup>12</sup> En definitiva, no plantean que el régimen de inversiones resulta desplazado por el régimen de derechos humanos, sino que ciertos conceptos del régimen de inversiones deben ajustarse en función de una *interpretación armonizadora* que incorpore las obligaciones internacionales de los Estados.

Estos pocos casos de *cruce de foros* son desarrollados por un sector minoritario de organizaciones sociales, que se mueven entre los diversos órdenes como “activistas anfibios”, con cierta plasticidad para adecuar la descripción de problemas y los encuadres fácticos y jurídicos, y el lenguaje que se requiere para argumentar en un territorio hostil. Si bien estas experiencias no tienen en principio suficiente densidad para constituir puentes sólidos entre regímenes que funcionan principalmente como refractarios y autónomos, determinan puntos de contacto incipientes que podrían ser explorados e investigados con mayor profundidad, incluso bajo el concepto de “interlegalidad” desarrollado por De Sousa Santos.

## El régimen global de concesiones mineras

Una estrategia de internacionalización de conflictos, inversa a la de las empresas trasnacionales en el régimen de inversión, es el litigio de casos colectivos que impulsan comunidades locales afectadas en sus derechos ambientales, sociales y culturales, en foros del régimen de derechos humanos. Se trata en nuestra opinión también de la búsqueda de un *foro global más favorable*, esto es, que modifique las relaciones de fuerza locales en las que predominan los intereses de las empresas. La apelación al régimen de derechos humanos en este tipo de casos, busca reforzar los deberes de protección estatales reflejados en mandatos de regulación y supervisión de la actuación de las empresas privadas que desarrollan proyectos de inversión extractivos en el territorio de las comunidades afectadas. Varios países de América Latina atrajeron inversores en el sector petrolero y minero, creando marcos normativos y celebrando contratos de concesión, que responden a modelos estandarizados que se ajustan a medida del capital trasnacional.

El desarrollo de este tipo de contratos puede ubicarse en lo que Teubner denomina *regímenes globales privados*. Ello sería así, en nuestra opinión, pues el modelo de contrato contiene elementos comunes en los diversos países receptores de inversión, y resultan condicionantes de la inversión extranjera. Este tipo de contratos, acompañados por lo general por leyes mineras también estandarizadas, limitan el control del Estado en la actividad, delegan en las empresas funciones de monitoreo ambiental y gestión de conflictos con comunidades locales afectadas, y resguardan con el secreto aspectos claves del proceso extractivo, lo que dificulta realizar mecanismos de consulta y facilita evadir el control político y social de los emprendimientos.

O desenvolvimento desse tipo de contrato pode ser enquadrado no que Teubner denomina regimes globais privados. Isso seria assim, em nossa opinião, porque o modelo de contrato contém elementos comuns nos diversos países receptores de investimento e são condicionantes para o investimento estrangeiro. Esse tipo de contrato, geralmente acompanhado de leis de mineração também padronizadas, limitam o controle do Estado na atividade, delegam às empresas funções de monitoramento ambiental e gestão de conflitos com comunidades locais afetadas e protegem com sigilo aspectos-chave do processo de extração, o que dificulta a implementação de mecanismos de consulta e facilita evasão do controle político e social dos empreendimentos.

En muchos casos además las empresas transnacionales que ingresan a la explotación de proyectos extractivos en territorios indígenas, suman el plus de protección del régimen de inversión extranjera, con su *foro favorable* para eventuales disputas y su efecto inhibitor de regulaciones invasivas de las expectativas de ganancia empresarias. En paralelo, el régimen de derechos humanos establece obligaciones estatales de consulta y búsqueda de consenso con las comunidades potencialmente afectadas, en especial las comunidades y pueblos indígenas en sus territorios colectivos; procura evitar medidas que lleven a desplazamientos masivos de población; y desarrolla de manera incipiente principios que apuntan a la protección cautelar o preventiva de los derechos.<sup>13</sup>

El punto de tensión es claro, pues un régimen normativo conduce en términos de orientación general a la desregulación y la autolimitación de las funciones de control estatal, y el otro régimen impone fuertes deberes de intervención en la regulación y el control de la actividad de las empresas. En varios conflictos las comunidades locales indígenas, campesinas, y negras, han acudido a mecanismos internacionales de derechos humanos, como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, o comités de ONU, para exigir respeto de sus derechos colectivos, enfatizar los deberes de regulación de los Estados, y en términos políticos, contrarrestar la presión que las grandes empresas transnacionales mineras ejercen sobre los Estados nacionales.<sup>14</sup> La cuestión es conflictiva, pues algunos gobiernos han defendido con argumentos nacionalistas sus concesiones mineras, disimulando el conflicto entre las grandes empresas y las comunidades locales, y acusado a los grupos y las redes de activistas de atacar proyectos de desarrollo autónomos por la vía de la presión internacional. Han sostenido que algunos estándares internacionales sobre territorio indígena y protección ambiental resultan excesivos, y funcionan en la práctica como imposiciones de los países centrales para boicotear las estrategias de desarrollo de los países emergentes.<sup>15</sup> La argumentación resulta difícil de sostener, sobre todo en aquellos países que receptan estos estándares en sus propios ordenamientos constitucionales, y como resultado de procesos políticos recientes de ejercicio de autodeterminación colectiva en apasionantes asambleas constituyentes.

## El régimen internacional del comercio

El régimen internacional del comercio también presenta graves tensiones con el régimen de derechos humanos. Este régimen se basa en los acuerdos multilaterales celebrados por los Estados en el marco de la Organización Mundial del Comercio (GATT/OMC). Su principal objetivo es la eliminación de las barreras tarifarias y no tarifarias en el comercio internacional. Abarca tres grandes materias: comercio de bienes (GATT), de servicios (GATS) y propiedad intelectual (TRIPS). Un principio jurídico básico del sistema de reglas, es la prohibición de brindar a productos de origen extranjero un trato diferente de los productos nacionales. Ello conlleva a que gran parte de las disputas comerciales judicializadas en este ámbito requieran la determinación de si dos productos son iguales, o si disputan el mismo espacio de mercado o tienen la misma utilidad para los consumidores (cláusula III del GATT). Los Estados tienen un margen para adoptar algunas medidas inconsistentes con el tratado como "*salvaguardas*" (cláusula XX del GATT), para proteger la salud pública, la moral pública o el ambiente, pero este tipo de medidas son excepcionales, se examinan bajo un criterio estricto y requieren pruebas cuantitativas y cualitativas para acreditar su proporcionalidad, quedando invalidadas si se acredita que el mismo objetivo podría ser alcanzado con medidas alternativas no lesivas del libre comercio, y que no implican para el Estado una carga excesiva o indebida.<sup>16</sup>

Entre uno de los principales temas de conflicto que se han identificado podemos mencionar el tratamiento que reciben en los paneles de la OMC las barreras que algunos Estados intentan plantear como "*salvaguardas*" para preservar *bienes o servicios culturales*. Si bien el régimen de derechos humanos reconoce un derecho a la identidad y a la diversidad cultural, lo

que se ha visto reforzado con la declaración de UNESCO de 2002 y el tratado de UNESCO de 2005 sobre diversidad cultural, la OMC es refractaria a esa perspectiva.

Un caso relevante para la discusión es el asunto de *Material Audiovisual en China*. Aquí, Estados Unidos cuestiona una serie de medidas chinas que regulan actividades de importación y distribución de material impreso, de entretenimiento hogareño, discos, y películas para cine. China justifica las medidas bajo la cláusula XX a del GATT, que permite a un país disponer medidas inconsistentes con el GATT, necesarias para proteger la “*moral pública*”. China en este sentido, invoca expresamente la Declaración de UNESCO de 2001 señalando que los bienes y servicios culturales tienen una naturaleza específica como vehículos de identidades, valores y significados, y que no buscan sólo suplir necesidades de consumo o comerciales, sino que juegan un papel crítico en influir y definir diversos aspectos sociales. En el Panel de Apelaciones, China volvió a insistir en la necesidad de considerar estos aspectos específicos de los bienes y servicios culturales. Si bien el Panel de Apelaciones no entró a analizar esta característica particular de los bienes involucrados en el caso, admitió que la excepción de “*moral pública*” podía ser invocada para justificar medidas inconsistentes con el GATT en relación con bienes y servicios culturales. Al analizar las medidas impuestas por China, consideró que no estaban justificadas bajo la cláusula de salvaguarda, pues existían otras medidas posibles que resultaban menos lesivas para la libre circulación de los bienes, como una revisión periódica del material que se importaba, tal como había propuesto Estados Unidos.

Pese a que China perdió su apelación, para los analistas de la jurisprudencia del GATT esta decisión abrió la puerta para que en el futuro esta excepción (*moral pública*) pueda usarse moderadamente respecto de bienes y servicios culturales. También mostró el potencial uso de la normativa de UNESCO para argumentar en el marco del régimen de la OMC. Sin embargo, la mayoría de los análisis puntualizan las limitaciones evidentes del sistema de resolución de disputas de la OMC para mostrar mayor flexibilidad y apertura ante planteos relacionados con el tratamiento de bienes y servicios culturales. Señalan principalmente la dificultad de definir de manera precisa y objetiva el valor o significado cultural de determinados bienes, y de medir con los parámetros cuantitativos y cualitativos tradicionales en este mecanismo, el potencial efecto o impacto de las medidas bajo controversia. Si un Estado intenta demostrar la necesidad de restringir o condicionar el ingreso de determinados bienes, para preservar intereses o valores relacionados con la reproducción de la cultura local, identidades culturales o formas de expresión cultural características de una comunidad local, enfrentará serias dificultades para producir evidencia empírica que cubra los estándares ordinarios de prueba del mecanismo.

También las normas sobre propiedad intelectual (TRIPS) han entrado en tensión con algunas políticas públicas de salud, implementadas por países emergentes para procurar reducir el costo de medicamentos, y asegurar un mayor acceso en períodos de emergencia. Por ejemplo, las grandes empresas farmacéuticas con apoyo de los países centrales dieron una batalla en la OMC a principio de los años 2000 contra Sudáfrica y Brasil para impugnar su política de medicamentos genéricos. Los Estados nacionales justificaron sus políticas en las obligaciones que imponían no solo sus leyes nacionales sino el régimen de derechos humanos que consagra un derecho fundamental a la salud pública. Las empresas transnacionales de medicamentos plantearon que las políticas locales violaban la normativa de la OMC sobre derechos de patentes y propiedad intelectual. De un lado argumentos basados en derechos sociales, y del otro argumentos basados en la defensa irrestricta de la propiedad. En este conflicto, de un modo similar al caso de Suez sobre agua y propiedad, se dio una alianza fuerte entre organizaciones sociales locales y globales y los Estados nacionales, para defender el poder regulatorio estatal y contrarrestar la presión de las grandes empresas farmacéuticas y los países centrales. Algunos autores han considerado este ejemplo como expresión de nuevas formas de activismo global en escenarios no tradicionales, describiendo la potencialidad de un juego de relaciones complejas entre Estados y organizaciones sociales, que puede combinar fiscalización y denuncia, con acciones de cooperación.<sup>17</sup>

## Conclusiones

A partir de estos pocos ejemplos reseñados podemos concluir preliminarmente que el pluralismo jurídico global tiene como una de sus consecuencias más relevantes, no sólo los límites de la soberanía westfaliana, sino los obstáculos y condicionamientos que se imponen al ejercicio de soberanía nacional, entendida como el ejercicio de poder político en el espacio nacional. Observamos que estos regímenes globales plantean a los Estados mandatos



jurídicos contrapuestos, que responden a enfoques y punto de partida diametralmente opuestos para examinar los mismos conflictos. Los regímenes internacionales de orientación de mercado funcionan como foros para impugnar regulaciones sociales, inhiben y condicionan el desarrollo del derecho social de raíz constitucional en los países sudamericanos, como ocurre con otros países emergentes. En este documento, hemos presentado de manera esquemática como se presentan algunas de estas controversias: acciones afirmativas vs. igualdad formal de inversores nacionales y extranjeros; seguridad jurídica del inversor vs. derecho al agua y acceso a servicios públicos; actividad extractiva vs. derechos culturales colectivos; libertad de comercio vs. la preservación de la diversidad cultural; acceso a medicamentos vs. la propiedad de las patentes.

Se trata, sin embargo, de una problemática por demás compleja y llena de matices, en la cual se debería profundizar la investigación jurídica en pos de precisar las disputas y hacer visible los principales puntos de conflicto, pero también las posibles conexiones o imbricaciones entre los diferentes regímenes. En este artículo hemos presentado brevemente algunos esfuerzos por introducir consideraciones sobre deberes de protección de derechos humanos en regímenes económicos, y el uso incipiente de una hermenéutica que procura “armonizar” los diferentes órdenes jurídicos. Pese a ello, entendemos que un núcleo casi irreductible de esa contradicción es la expectativa diferenciada sobre la función estatal regulatoria de las relaciones económicas. En general el problema fruto del pluralismo jurídico global autónomo y fragmentado, podría plantearse de esta manera: algunos regímenes como el régimen de derechos humanos amplían el espacio de lo público, desarrollan obligaciones estatales positivas de protección y garantía de derechos, y exigen mayor intervención del Estado en la actividad económica y en los mercados, extendiendo el alcance de las competencias regulatorias y correlativamente de la responsabilidad estatal indirecta por la acción de actores privados como las grandes empresas. Mientras que otros regímenes, por su historia, sus actores y sus lógicas de intervención, como el régimen de inversiones, y el régimen del comercio internacional, conducen a limitar el poder regulatorio y de fiscalización estatal, ampliando la autonomía contractual y la desregulación de los mercados y de la actividad económica.

Frente a esta contradicción, no existen reglas consensuadas para resolver los conflictos normativos, ni instituciones internacionales que tengan competencias asignada formalmente para dirimirlos.

Los diferentes actores, empresas transnacionales y comunidades locales afectadas y sus redes de activismo global, buscan el *foro más favorable* dentro de la constelación legal internacional, para presentar sus demandas y proteger sus intereses. Por lo general ubican a los Estados nacionales en el centro del conflicto, ya sea como garantes de derechos, o como custodios de la propiedad y la seguridad jurídica, colocándolos en un escenario de *fuego cruzado*. En algunos casos activistas sociales y académicos “anfibia”, realizan esfuerzos para *cruzar los diversos foros* y ajustar las interpretaciones legales a principios armonizadores. Algunas otras discusiones globales, como la que gira en torno a los procesos de reestructuración de deuda soberana y las prácticas abusivas de los fondos de inversión, también evidencian las disputas sobre la definición del régimen internacional dominante. O bien el régimen privado de mercado de capitales, definido por actores económicos globales, con su lógica de autonomía y desnacionalización que luego se imponen en los espacios locales, o bien un régimen multilateral en el ámbito formal de las Naciones Unidas, sujeto a las normas del derecho internacional público, donde los Estados nacionales recuperan autoridad para fijar las reglas de juego.

## NOTAS

1. Un régimen internacional según la definición clásica de Stephen Krasner es “un conjunto de principios implícitos o explícitos, normas, reglas y procedimientos de decisiones alrededor del cual las expectativas de los actores convergen en una determinada área de las relaciones internacionales” (Stephen Krasner, “Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables,” *International Organization* 36, no. 2 (1982): 185). En síntesis, los regímenes internacionales constituyen estructuras del sistema internacional que gobiernan diferentes áreas de las políticas públicas internacionales y nacionales, y que convocan a actores estatales y no gubernamentales bajo principios y normas de aceptación universal.

2. Rodrigo Uprinsky, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos,” en *El Derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, ed. César Rodríguez Garavito (Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2011): 109–37; Raquel Z. Yrigoyen Fajardo, “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización,” en *El derecho en*

*América Latina, Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, ed. César Rodríguez Garavito (Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2011): 139–59; Víctor Abramovich y Laura Pautassi, “La Revisión Judicial de las Políticas Sociales. Estudio de casos,” en *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*, comp. Víctor Abramovich y Laura Pautassi (Buenos Aires: Editorial Del Puerto, 2009): 279–340; Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR (IPPDH), *Ganar Derechos: Lineamientos para la formulación de políticas públicas basadas en derechos* (Buenos Aires: IPPDH, 2014).

3. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), *Piero Foresti, Laura de Carli y otros vs. Sudáfrica*, caso n. ARB(AF)/07/1.

4. NAFTA es una sigla inglés para Tratado de Libre Comercio de América del Norte (originalmente, North American Free Trade Agreement).

5. Para una crítica jurídica detallada y sostenida en principios del derecho internacional, de la interpretación extensiva del principio de trato justo y equitativo y del concepto de legítimas expectativas del inversor, en los precedentes arbitrales del CIADI, puede consultarse la opinión separada del árbitro Pedro Nikken, en la decisión sobre responsabilidad del caso Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. Y La República Argentina*, caso n. ARB/03/19, 22 de octubre de 2007.

6. David Schneiderman, “Investing in Democracy. Political process and international investment law,” *University of Toronto Law Journal* 60, no. 4 (2010): 909–940.

7. Pia Eberhardt, *Investment Protection at a Crossroads: The TTIP and the future of International Investment Law* (Berlin: Friedrich-Ebert-Stiftung, 2013), visitado en julio de 2015, <http://library.fes.de/pdf-files/iez/global/10875.pdf>.

8. En los últimos años, algunos análisis han desarrollado sólidos argumentos de derecho internacional sobre el deber jurídico de que los paneles arbitrales del régimen de inversión tomen en cuenta las obligaciones de protección de derechos humanos de los Estados nacionales, al momento de examinar los principios clave de trato justo y equitativo, y la expropiación indirecta. No se trata de exceptuar el cumplimiento de obligaciones internacionales en normas internas, sino de compatibilizar las diversas fuentes internacionales. También este tipo de análisis puede ser visto como ejercicios de interlegalidad procurando cambiar aspectos del enfoque del régimen de inversión para hacerlo permeable a principios del régimen de derechos humanos, de modo de resguardar márgenes de soberanía estatal y poderes regulatorios para la preservación de derechos civiles y sociales. Ver al respecto Juan Pablo Bohoslavsky y Juan Bautista Justo, *Protección del derecho humano al agua y arbitrajes de inversión* (Santiago: CEPAL, 2010).

9. En otro caso posterior, sobre reestatización del servicio de agua potable en Tanzania, un grupo de organizaciones se presentó como *amicus curiae*, explicando las implicancias de los derechos humanos en este caso, en el laudo final no se ponderó si existía alguna relación entre el derecho fundamental de acceso al agua potable, la rescisión del contrato y los derechos del inversor. Ver Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), *Biwater Gauff vs. Tanzania*, caso n. ARB/05/22, laudo del 24 de julio de 2008.

10. Santos los denomina “regulación comercial transnacional” y las considera expresión de un renacimiento de una nueva *lex mercatoria*, como “*derecho propio del capitalismo global*”, que caracteriza como una forma de derecho no estatal, y un campo importante de justicia privada, que involucra el arbitraje comercial internacional, la OMC y otros procesos institucionales más o menos ocultos, a través de los cuales se conducen las relaciones comerciales transnacionales (Boaventura de Sousa Santos, *Toward a New Common Sense: Law Science and Politics in Paradigmatic Transition* (New York: Routledge, 1995)).

11. Gunther Teubner, “Regímenes Globales Privados: ¿Derecho Neoespontáneo y Constitución Dual de Sectores Autónomos?,” en *Estado, Soberanía y Globalización*, de Gunther Teubner, Saskia Sassen y Stephen Krasner (Bogotá: Siglo del Hombre, 2010).

12. Ver, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. Y La República Argentina*, caso n. ARB/03/19, febrero 2007. Presentación como amigo del tribunal del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), Consumidores Libres Cooperativa Ltda. de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria Unión de Usuarios y Consumidores, *Center for International Environmental Law* (CIEL). Además, para una crítica detallada de la interpretación extensiva del principio de trato justo y equitativo, su lectura comprensiva de un derecho a la estabilidad del marco regulatorio con el consiguiente detrimento del poder regulatorio estatal, y la inadecuada aplicación como parámetro de razonabilidad, de la “legítima expectativa del inversionista”, puede consultarse la opinión separada del árbitro Pedro Nikken, en la decisión sobre responsabilidad del caso *Suez c. Argentina*.

13. Ver por ejemplo, Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam 2007*; Corte IDH, *Cuatro Comunidades Indígenas Ngöbe y sus Miembros, 2010*; Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, 2006*; la Corte IDH planteó en un obiter dictum que Paraguay no podía invocar un TBI para justificar una actividad violatoria de la Convención Americana (en el caso afectaba derechos culturales y económicos sobre el territorio colectivo indígena), fijando una suerte de prioridad de la obligación de derechos humanos, por sobre el acuerdo de inversión extranjera

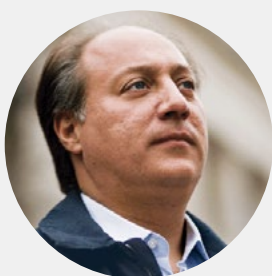
14. También existen directivas y políticas operativas de las Instituciones Financieras Internacionales (IFIs) sobre estas cuestiones. Por ejemplo, en el Banco Mundial respecto de proyectos financiados por el Banco. Así, otra experiencia similar de cruce de foros, son las presentaciones de organizaciones sociales, sindicales, indígenas y ambientales, en el Panel de Inspección del Banco Mundial que se encarga de supervisar las políticas y normas del propio banco, y en el ombudsman de la CFI. En este foro, regido por el régimen de las instituciones financieras (IFIs), los activistas traducen conflictos de derechos en potenciales violaciones de directivas y políticas operativas del banco, y argumentan fallas en los procesos de supervisión de los agentes locales de la entidad durante la ejecución de programas y proyectos financiados por el banco. El panel por esta vía oblicua ha estudiado casos de desplazamientos de población y daños ambientales por proyectos de infraestructura, planes de reforma agraria y problemas de acceso a la tierra, el desfinanciamiento de programas sociales garantizados en préstamos de ajuste estructural, inadecuación de los procedimientos estatales de consulta y participación de comunidades locales afectadas, déficit de transparencia de proyectos, entre otros asuntos (Dana Clark, Jonathan Fox y

Kay Treackle, Derecho a exigir respuestas. Reclamos de la sociedad civil ante el Panel de Inspección del Banco Mundial (Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2005)).

15. Ver Víctor Abramovich, "Autonomía y Subsidiariedad: El Sistema Interamericano de Derechos Humanos frente a los sistemas de justicia nacionales," en *El Derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, ed. César Rodríguez Garavito (Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2011): 211–230; César Rodríguez Garavito, "Navegando la Globalización: un mapamundi para el estudio y la práctica del derecho en América Latina," en *El Derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, ed. César Rodríguez Garavito (Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2011):69–86; César Rodríguez Garavito, *Etnicidad.gov: Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados* (Bogotá: Editora Dejusticia, 2012).

16. Ver, John Jackson, William Davey y Alan O Sykes, *Legal Problems of International Economic Relations. Case, Materials and Text* (Minnesota: West Group, 1995).

17. Paul Nelson y Ellen Dorsey, "New Rights Advocacy in a Global Public Domain," *European Journal of International Relations* 13, n. 2 (2007): 187–216.



**VÍCTOR ABRAMOVICH - Argentina**

Víctor Abramovich es abogado por la Facultad de Derecho (UBA) y LLM por la American University de Washington, D.C. Es profesor de derechos humanos en la UBA y de la Universidad Nacional de Lanús, donde dirige la Maestría en Derechos Humanos, y profesor visitante de American University. Fue Secretario Ejecutivo del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos (IPPDH). Fue miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y Director Ejecutivo del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

Recibido en marzo de 2015.

Original en español.

"Este artículo es publicado bajo la *Creative Commons Noncommercial Attribution-Share Alike 4.0 International License*"