

Poderes regulatorios estatales en el pluralismo jurídico global

Víctor Abramovich*

Abstract: *The plurality of international regimes generates a complex constellation of legal regulatory systems, operating in a decentralised manner, with great autonomy and fragmentation. This coexistence translates into an 'inter-legality' of sorts in which states give away control to transnational financial entities. Through these processes, states can also regain the exercise of regulatory power over transnational concentrated economic actors. Given this contradiction, there is no agreement on the rules governing the resolution of regulatory conflicts or on the international institutions with authority to enforce them. The article presents an overview of some of the ongoing discussions on the plurality of international regimes, their relationship, divergences and possible convergence.*

Key words: *state sovereignty; international economic regulatory framework; multilateral institutions; global legal order; development; social rights*

Resumen: *El proceso de creación de una pluralidad de regímenes internacionales crea una compleja constelación de sistemas de regulación jurídica, que por lo general funcionan de manera descentralizada, con gran autonomía y fragmentación. Esta convivencia genera una 'interlegalidad' en la cual los Estados pierden el control del conjunto de los procesos en manos de actores financieros transnacionales. Sin embargo, estos procesos pueden también ser utilizados por los Estados para recuperar capacidad de ejercicio de poder regulatorio ante actores económicos concentrados y transnacionales. Frente a esta contradicción, no existen reglas consensuadas para resolver los conflictos normativos, ni instituciones internacionales que tengan competencias asignada formalmente para dirimirlos. El presente 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.*

Palabras clave: *soberanía nacional; regulación de relaciones económicas; orden jurídico global; instituciones multilaterales; desarrollo; derechos sociales*

* Abogado (UBA), LLM International Legal Studies (American University), Profesor Titular de las Universidades de Buenos Aires y Lanus. Ex Secretario Ejecutivo del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR, ex Vicepresidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Miembro del Comité Académico de la Maestría en Derechos Humanos y Democratización para América Latina (LatMa).

1 Introducción

Un rasgo de identidad del nuevo orden global es la trama de regímenes jurídicos internacionales que proyectan sobre los Estados nacionales obligaciones legales diversas, y en ocasiones contradictorias. Los países sudamericanos se insertan bajo características propias en esta constelación de legalidades.

Los regímenes jurídicos internacionales determinan agendas y orientaciones de la política exterior, influyen sobre múltiples campos de las políticas domésticas, y condicionan o modelan la institucionalidad pública. Definen además aspectos de las relaciones entre el estado, el mercado y la sociedad, e incluso inciden en las capacidades técnicas y políticas de los Estados en lo que se refiere a regular cuestiones económicas y financieras fundamentales para los procesos de desarrollo autónomos. Una paradoja es la existencia de mandatos contradictorios sobre los Estados nacionales. Así, por ejemplo, los mandatos negativos que algunos regímenes económicos imponen a la actuación de los Estados, afectan la posibilidad de cumplir con los mandatos de protección y garantía de derechos sociales, ambientales, civiles y culturales, que imponen a los mismos estados sus propias constituciones y el régimen internacional de derechos humanos.

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 describiremos en primer lugar el escenario de pluralismo jurídico global y el problema de la autonomía y segmentación de los distintos ordenamientos. Luego plantearemos el marco constitucional e internacional que conduce a ampliar las funciones estatales de protección y garantía de derechos, y algunas tendencias particulares en los países sudamericanos.

Mostraremos además 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, y cómo empresas y activistas sociales se mueven en este escenario global en busca del foro más favorable para plantear sus demandas a los estados nacionales. Por último, desarrollaremos brevemente la iniciativa de algunos gobiernos de creación de un régimen multilateral de reestructuración de deudas soberanas, y la disputa con el actual régimen privado de mercado de capitales.

2 Pluralidad de regímenes internacionales

Si bien nuestro enfoque de los procesos de pluralismo global será centralmente jurídico, preferimos encuadrar la discusión en el concepto abarcador de régimen internacional. 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' (Krasner (185).

Las normas son conductas estándares definidas en términos de derechos y obligaciones. Las reglas son prescripciones específicas para la acción. Los procesos de decisión son prácticas prevalecientes para formular e implementar una opción colectiva. Los intereses, las relaciones de poder, las costumbres, pueden jugar un papel en la formación del régimen internacional. Estos factores causales pueden ser manifiestos a través de la conducta de los Estados, de individuos, burocracias particulares y organizaciones internacionales.

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.

Algunos regímenes internacionales en los que se insertan los países sudamericanos en las últimas dos décadas, han contribuido a ampliar el alcance de los derechos y la ciudadanía, influyendo en los marcos jurídicos constitucionales y en los debates sobre políticas públicas. Entre ellos podemos mencionar el régimen de derechos humanos, y los acuerdos globales y regionales sobre población y desarrollo (ej. Metas del milenio).

Los países de Sudamérica, ampliaron su participación en estos regímenes internacionales, al tiempo que se profundizaba también su inserción en otros regímenes económicos internacionales en la etapa del 'neoliberalismo'. Por ejemplo, el régimen internacional del comercio, el régimen de inversión extranjera, o el régimen de mercado de capitales. Por eso algunos autores señalan la paradoja de que en Sudamérica, coinciden en el tiempo los proyectos denominados 'neo-constitucionales' con los proyectos 'neoliberales' (Rodríguez Garavito (2008)). Un país tras otro adoptó nuevas constituciones o reformas constitucionales que introducían cartas de derechos ampliadas, y que incluían la constitucionalización de tratados internacionales, concretando la inserción en sistemas de protección internacional de derechos humanos. Colombia (1991), Perú (1993), Argentina (1994), Bolivia (1994), y Brasil (1988), son algunos ejemplos. Esto ocurría al mismo tiempo que la política doméstica y la inserción global apuntalaban la desregulación económica, el fomento de la inversión privada transnacional, la flexibilización laboral, y la precarización de derechos sociales se hacían presentes.

Existe cierto consenso general en afirmar que la consolidación de estos diversos regímenes internacionales (tanto el de derechos humanos como los de índole económica, comercial y financiera), limitan o moderan el ejercicio de la soberanía de los Estados nacionales, al menos en la dimensión del concepto que remite a la exclusión de autoridades externas, lo que algunos autores definen como soberanía westfaliana (Krasner (2010)).¹

1 Krasner se refiere a cuatro formas de soberanía: i. *Soberanía de la interdependencia*, que es la capacidad de un Estado de controlar, de hecho, las actividades dentro de su frontera y más allá de ellas, incluido el movimiento de bienes, capital, ideas y vectores epidemiológicos; ii. *Soberanía nacional*, consistente en la organización de la autoridad en una comunidad política determinada; iii. *Soberanía westfaliana*, concepto que remite a la exclusión de autoridades externas, es decir, al derecho de un estado a ser independiente de las estructuras de autoridad externas, iv. *Soberanía legal internacional*, que se refiere al reconocimiento de un estado por parte de los otros, este reconocimiento está asociado a la inmunidad diplomática y al derecho a firmar tratados y asociarse a organizaciones internacionales.

Así, por ejemplo, los tratados de derechos humanos obligan al Estado a aceptar decisiones obligatorias de órganos internacionales de protección, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Los tratados celebrados en el ámbito de la OMC, otorgan competencia a un mecanismo propio de resolución de disputas, los tratados de protección de inversión delegan facultades de resolución de controversias en órganos arbitrales como el CIADI del Banco Mundial, y los convenios de emisión de deuda externa ceden jurisdicción en tribunales extranjeros en EEUU, Francia y el Reino Unido. Aun, dentro de los espacios internacionales multilaterales creados y sostenidos por los Estados, con frecuencia las regulaciones concretas y las interpretaciones de los acuerdos se producen en un espacio menos político, a través de burocracias técnicas que se han cuestionado por su opacidad, y falta de control democrático.²

El proceso de creación de una pluralidad de regímenes internacionales crea una compleja constelación de sistemas de regulación jurídica, que por lo general funcionan de manera descentralizada, con gran autonomía y segmentación.

Varios autores han considerado a este escenario de diversidad de órdenes legales internacionales como procesos de pluralismo jurídico,³ esto es: la convivencia de múltiples ordenamientos jurídicos en el mismo contexto de tiempo y espacio⁴. Aun cuando los principales estudios sobre la temática difieren respecto de las características de este proceso, y en especial, en los grados de autonomía o conexión entre los órdenes legales. Así, mientras Teubner enfatiza la característica de autonomía y aislamiento, De Sousa Santos plantea la idea de 'interlegalidad', considerando que estos órdenes se encuentran en gran medida superpuestos, interrelacionados, imbricados, y se influyen recíprocamente (Teubner (2010); Santos (1995)).

Un elemento clave de los procesos de globalización en el que coinciden Teubner y De Sousa Santos, es que los Estados no tienen el control del conjunto de procesos, pues amplios espacios de regulación (o de desregulación) son definidos por actores no estatales globales (empresas

- 2 La burocracias de las Instituciones Financieras Internacionales (IFIs) fijan normas y directivas para los préstamos que otorgan a países del sur global, los equipos técnicos del GAFI recomiendan modelos de normativas y reglas bancarias anti lavado a los países emergentes, la OMC y la OPS, fijan pautas para procesos sanitarios y condiciones de salubridad de productos. Un sector de la academia legal estudia el derecho creado por los organismos públicos, y semipúblicos, y privados internacionales, y su impacto en las normas administrativas locales, como nueva disciplina jurídica que toma elementos del derecho público y el derecho internacional, bajo el título de 'Derecho Administrativo Global' (Global Administrative Law – GAL), ver Casesse (2012), Kingsbury, Krich, y Stewart (2005).
- 3 Para un estudio de la evolución histórica de las nociones de pluralismo jurídico, y de su aplicación más reciente como marco conceptual para el estudio de la globalización a partir de los procesos de transnacionalización del derecho y la proliferación de órdenes jurídicos internacionales, puede consultarse entre muchos otros, Twining (2005) y Santos (1995).
- 4 Este concepto se aplicó originalmente al reconocimiento de diferentes tradiciones y fuentes jurídicas del derecho de un mismo sistema jurídico, por ejemplo el reconocimiento por la ley estatal del derecho consuetudinario indígena, o de órdenes normativos no estatales. También se aplica el concepto de pluralismo jurídico al estudio de las relaciones de normas, ideas, instituciones jurídicas regionales en contextos locales, enfocando los problemas de préstamos y trasplantes que analizaremos más adelante.

transnacionales, bancos, aseguradoras, mercados financieros) de espaldas al derecho internacional público.

Se trata de procesos que en múltiples dimensiones se desarrollan por fuera y más allá de los Estados nacionales, e incluso en paralelo con las instituciones multilaterales creadas por los Estados para regir las relaciones internacionales formales. Algunos autores definen al producto de estos procesos como *regímenes globales privados* (Teubner (2010)).⁵ Como ejemplo de este tipo de régimen, podemos mencionar las regulaciones de modelos de contratos comerciales internacionales, los contratos financieros y de mercado de capitales, contratos modelos de concesión minera, las reglas bancarias para operaciones internacionales, las normas de estandarización de productos y las certificaciones de calidad de bienes y servicios comerciales, las normativas sobre transporte internacional, los modelos de transferencia de tecnología, los protocolos de investigación científica, y los sistemas estandarizados de evaluación educativa.

De esta manera, no sólo se quiebra la relación entre derecho y Estado nacional, sino también la relación entre la política y derecho, pues hay múltiples espacios de creación de normas jurídicas que, por diversos motivos, se vuelven vinculantes y obligatorias para individuos y estados, creadas en los márgenes de los regímenes políticos constitucionales, e incluso por fuera de los organismos regidos por el derecho internacional (Teubner (2010); Sassen (2010)).

De modo que estos procesos de globalización conducen a una multiplicidad de regímenes, en gran medida descentralizados, segmentados, con ámbitos de regulación estatal, y otros de auto-regulación de poderes privados, que crean derecho por fuera del régimen político local y del derecho público internacional.

3 Autonomía de los regímenes internacionales y mandatos contrapuestos sobre los estados

La autonomía y segmentación de los diversos regímenes internacionales 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- morigeró 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

5 B 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 (Santos (1995)).

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.

Ello se refleja por ejemplo en nuevas regulaciones laborales (servicio doméstico, trabajo rural, combate a la trata) y en la salida gradual del paradigma del derecho laboral flexibilizado; el establecimiento de leyes sobre ambiente; la definición de marcos legales sobre consumidores y usuarios, y de reglas antimonopólicas; la extensión del concepto de seguridad social más allá de la esfera estrictamente contributiva; el reconocimiento emergente en la jurisprudencia constitucional de un derecho a la salud que tiene una dimensión individual y otra colectiva; el desarrollo de un derecho antidiscriminatorio, de políticas afirmativas y enfoques diferenciados, un emergente derecho a la comunicación social, que sostiene vías de regulación de servicios de comunicación, y límites a la concentración de la propiedad de medios, entre otras manifestaciones (Uprimny (2011); Fajardo (2011); Pautassi (2009); IPPDH-MERCOSUR (2014)).

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. 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.

Este desarrollo interpretativo se produce en paralelo en los ordenamientos constitucionales y en los órganos internacionales de protección del régimen internacional de los derechos humanos. No se trata de procesos desconectados, sino que estos desarrollos se vinculan por la vía de la constitucionalización de los tratados, tendencia que continúa en las recientes reformas constitucionales de Ecuador (2008) y Bolivia (2009). Al mismo tiempo la jurisprudencia constitucional de varios países de la región (Argentina, Colombia, Perú) plantea que la jurisprudencia de los órganos del régimen internacional de derechos humanos es *'guía o pauta de interpretación'* para los tribunales nacionales. El propio sistema interamericano de derechos humanos, impone a los sistemas de justicia nacionales realizar un *'control de convencionalidad'* de las leyes nacionales, buscando su adecuación a las normas de los tratados y a los estándares interpretativos fijados por el propio sistema, lo que profundiza la relación

entre el orden constitucional y el régimen internacional de derechos humanos (Abramovich (2011)).

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. 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.

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.

3.1 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 a dismantelar las consecuencias del apartheid, como 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 por 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).⁶ 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 CIADI, tuvo un efecto inhibitorio ('enfriamiento regulatorio') sobre el gobierno nacional en el impulso de este tipo de acciones afirmativas en la esfera económica, ante la perspectiva de nuevos reclamos internacionales de los inversores extranjeros en algunos sectores estratégicos de la economía como el sector minero.

Los TBIs estandarizados y algunas normas multilaterales (por ejemplo las que regulan el CIADI del Banco Mundial, o las incorporadas al NAFTA, 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 las empresas transnacionales 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 público⁷. 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

6 Caso Piero Foresti, Laura de Carli y otros contra Sudáfrica (CIADI, caso ARB(AF)/07/1).

7 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 *Suez c. Argentina*.

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 (Schneiderman (2010)). 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 (Eberhardt (2014)). Además, los órganos del régimen de inversión, son refractarios a los argumentos basados en obligaciones de derechos humanos o constitucionales.⁸

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 de tomar 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 un ejercicio 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 Bohoslavsky y Justo (2010).

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 suponía 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, y 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 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 concretar 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 '*amigo del tribunal*' (*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 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. Eso convertía en relevante escuchar aunque de manera muy limitada a aquellas personas que invocaban una potencial afectación de sus derechos a raíz de la controversia. 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.⁹

Un punto clave para el análisis de la presentación de las organizaciones sociales, en relación con el problema de la autonomía de los regímenes internacionales señalada por Teubner, es que esta petición, si bien presenta preocupaciones relacionadas con los derechos sociales afectados, como el derecho de acceso al agua y a la salud, e invoca normas de derecho internacional de derechos humanos, también 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.¹⁰

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. Señalan que el régimen de derechos humanos establece mandatos regulatorios, deberes de protección de grupos y colectivos ante la acción de actores no estatales, y objetivos de política pública específicos, que son relevantes para la solución de diferendos entre el estado y el inversor.

9 En otro caso posterior, sobre reestatización del servicio de agua potable en Tanzania, en el que 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 *Bewater Gauff contra Tanzania* (CIADI, caso ARB/05/22, laudo del 24 de julio de 2008).

10 Ver, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA and Vivendi Universal, SA y la República Argentina. 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, *Centre 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*.

Se trata de un tipo de interpretación normativa que tiene puntos de contacto con la *interpretación armonizadora* del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho nacional en los procesos de implementación doméstica.

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.

3.2 El régimen global de concesiones mineras.

Una estrategia de internacionalización de conflictos, inversa a la de las empresas transnacionales 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 atraerán 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 transnacional. 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. 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 inhibitorio 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.¹¹ 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.¹² 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 (ver Abramovich (2011); Rodríguez Garavito (2011); Rodríguez Garavito (2012)). La argumentación resulta difícil de sostener, sobre todo en aquellos países que aceptan estos estándares en sus propios ordenamientos constitucionales, y como resultado de procesos políticos recientes de ejercicio de autodeterminación colectiva en apasionantes asambleas constituyentes.

3.3 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 del 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

- 11 Ver por ejemplo Corte IDH, *Pueblo Saramaka*, 2007; *Comunidades Indígenas Ngöbe*, 2010. En Comunidad Indígena Sowhoyamaya, (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.
- 12 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 operaciones 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 (ver Clark, Fox y Treacle (2005)).

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 tiene 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 (Ver Jackson, Davey, Sykes (1995)).

Entre los principales temas de conflicto que se han identificado podemos mencionar las limitaciones que tiene el Estado nacional para establecer 'salvaguardas' al ingreso de productos con fines ambientales o sanitarios (aunque con frecuencia los países centrales acuden al argumento para limitar las exportaciones de los países emergentes o menos desarrollados).

Otra cuestión interesante es 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. Pese a algunos intentos por definir que ciertos bienes y servicios requieren un tratamiento diferenciado del resto por su dimensión o valor cultural en determinado estado (periódicos, libros, material audiovisual), es predominante en este régimen un enfoque estrictamente comercial, que se limita a considerar el tratamiento normativo en función de la condición de mercancías o producto que está en el comercio. En cuanto a la cláusula de trato nacional, los paneles de la OMC consistentemente han rechazado argumentos relacionados con el valor cultural de algunos productos para diferenciarlos de otros con el propósito de imponer impuestos o tarifas diferenciadas a productos extranjeros en los mercados nacionales. También han rechazado regulaciones basadas en el objetivo de preservar las identidades culturales o de promover la diversidad cultural bajo la cláusula de 'salvaguardas'. Quienes proponen una relectura de las normas del GATT para incorporar la dimensión cultural en el tratamiento de ciertos bienes y servicios, argumentan que estos presentan una '*doble dimensión*' que debe ser tenida en cuenta al momento de examinar la razonabilidad de las normas impositivas o de las políticas comerciales de los estados. Son productos que se comercian pero son también vehículos para la comunicación y reproducción de las culturas locales. Esta dimensión cultural no es un rasgo superfluo o accesorio del bien o del servicio, sino que vincula la circulación de estos bienes y su accesibilidad, con los compromisos políticos y jurídicos que asumen los estados en el régimen de derechos humanos de asegurar el derecho a la preservación de las identidades culturales, la pluralidad cultural, y la participación cultural de los ciudadanos (Carmody (2011); Garner (2010)). Este principio de '*doble dimensión*' podría funcionar como un rasgo diferenciador entre productos importados y nacionales a efectos de un tratamiento legal o impositivo diferenciado, consistente con la normativa del GATT. Al mismo tiempo

para esta posición sería indispensable una interpretación amplia de algunos objetivos previstos en la cláusula de salvaguardas que permite imponer ciertas barreras al comercio internacional. Por ejemplo el objetivo de promover la reproducción de la cultura local podría quedar incluido en el concepto de '*preservación de la moral pública*' previsto en la cláusula de salvaguarda del GATT.

En el caso '*Revistas Canadienses*', Canadá defendió tres medidas impuestas a productos provenientes de los Estados Unidos, que alegó que estas medidas eran discriminatorias. Canadá argumentó que el tratamiento tributario diferenciado a favor de publicaciones periódicas con contenido esencialmente local, destinado exclusivamente al público y al mercado canadiense, estaba justificado, pues este tipo de revistas eran productos diferentes que los revistas extranjeras, pues precisamente lo que define a una revista es su contenido, y el tipo de cobertura que presenta. El Panel de Apelación de la OMC examinó el asunto a partir del principio de la imposibilidad de brindar tratamiento diferenciado a bienes que resultan '*directamente competitivos*' o que son '*productos sustituibles*' en el mercado, esto es, bajo la cláusula del Artículo III. 2 del GATT que es más amplia que el principio de '*igual producto*'. El Panel concluyó que si bien las revistas canadienses y las extranjeras tienen diferente tipo de información y realizan coberturas periodísticas diferenciadas, presentan la condición de '*productos sustituibles*' en el mercado, y por lo tanto no pueden recibir un tratamiento diferenciado compatible con el GATT. El Panel además consideró que la magnitud de la diferencia fiscal establecida y la forma de implementación de la medida, permitían concluir que en realidad respondía al objetivo de Canadá de proteger a los productos nacionales, lo que resultaba incompatible con los compromisos asumidos en el GATT. En este punto cabe puntualizar que el análisis que realiza el Panel se ciñe a los principios tradicionales de comparabilidad entre productos comerciales, y se basa en sus aspectos físicos, su marco regulatorio, y su uso o utilidad para el consumo a fin de determinar el sector del mercado al que va dirigido o en el que resulta en definitiva consumido. Ese examen comparativo es estrictamente mercantil y no incorpora como variable el valor cultural de la revista, o su función como vehículo de determinada información que tiene un valor cultural en la comunidad local. Algunos autores sostienen que un efecto de esta disputa, fue que Canadá se convirtió en impulsor a nivel global de un nuevo marco jurídico internacional para el tratamiento de la diversidad cultural, y fue un actor relevante en los debates que se desarrollan en la UNESCO a principio del siglo, con la Declaración de 2001 y el Tratado de 2005.

Otra disputa relevante para la discusión es el asunto de *Material Audiovisual en China*. Aquí la cuestión cultural aparece de una manera un tanto diferente. 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. De modo que China perdió su apelación. Pese a ello, 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, por ejemplo, procura mostrar el valor cultural diferenciado de un bien local frente a uno extranjero para justificar un trato comercial o fiscal diferente, enfrentará serias dificultades para producir evidencia empírica que cubra los estándares ordinarios de prueba del mecanismo. Lo mismo ocurrirá 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. En este último supuesto, como dijimos, la restricción o condicionamiento funcionaría como una excepción a los principios rectores del GATT, y por lo tanto impondría al estado una carga de justificación estricta, con el deber de aportar evidencia comprobable objetivamente del eventual perjuicio que se intenta prevenir y la inexistencia de medidas menos lesivas.

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 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 otros 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 (Nelson y Dorsey (2006)).

En igual sentido, la conceptualización de ciertos servicios de educación superior como servicios globalmente transables, y su ubicación como bienes económicos en el marco del Acuerdo General sobre Servicios de la OMC (GATS), según señalan numerosos estudios ha contribuido a promover la tendencia a la *'mercadización'* de la educación superior, en contraposición con el enfoque de la educación como bien público y prestación que origina responsabilidad del estado, en cuanto a su acceso, organización y regulación (Brunner y Uribe (2007)). Es clave remarcar que la educación en varios países de América Latina no sólo es considerada un bien público, sino también objeto de un derecho humano y de ciudadanía. Este punto es relevante, pues no ocurre lo mismo en varios países centrales que impulsan junto con sus empresas la liberalización del sector. Por ejemplo en EEUU no existe algo similar a un derecho constitucional a la educación a nivel federal, el cual sólo ha sido reconocido limitadamente por algunos estados locales. El reconocimiento de un derecho humano a la educación en las constituciones recientes, y en los instrumentos de derechos humanos incorporados a los sistemas jurídicos nacionales, que incluye con condiciones obligaciones de garantía respecto de la educación de nivel superior, se proyecta sobre las competencias y mandatos regulatorios de los estados nacionales. Aquí es donde aparece la tensión con el tratamiento de ciertas prestaciones como servicios lucrativos globales. La lógica del régimen del GATS, apunta a la eliminación de restricciones y barreras, y a liberalizar y desregular el sector. Este enfoque favorece la inversión privada transnacional, y acota y condiciona el poder regulatorio de los estados nacionales. Este régimen aplicado a vastas áreas de servicios sociales que pasan a estar regidas con las reglas de mercado, ha tenido impactos severos en términos de brechas de acceso en varios países del sur global (Vlk (2006); Ziguras (2003)). Si bien el GATS excluye su aplicación a los servicios públicos, tiene una definición deficiente de que se entiende por servicio público, y para algunas interpretaciones autorizadas sería aplicable a cualquier servicio brindado por el estado cuando medie una contraprestación económica, o en competencia con empresas privadas, lo que permitiría aplicar las normas del GATS en vastas áreas de servicios públicos organizados por los países emergentes, y regidas por el derecho público administrativo nacional.

4 Nuevas legalidades internacionales sobre procesos de deuda soberana. La disputa de competencias regulatorias

Si bien en términos generales los procesos de internacionalización desestabilizan y acotan la idea de *soberanía westfaliana*, existen algunas experiencias que indican que estos procesos también pueden ser utilizados por los estados para recuperar capacidad de ejercicio de poder regulatorio ante actores económicos concentrados y transnacionales.

En ese sentido, una discusión que muestra esta lógica inversa de los procesos de internacionalización antes mencionados, es la iniciativa de

Argentina avalada por el Grupo 77 más China, para la creación de un marco jurídico multilateral para procesos de reestructuración de deuda soberana, aprobada en la Asamblea de la ONU en septiembre de 2014. Argentina, como otros países emergentes, reguló sus procesos de emisión de deuda en base a modelos estandarizados de contratos con los acreedores, y otorgó jurisdicción a jueces extranjeros para que intervinieran en este tipo de conflictos. El alcance de la afectación de los márgenes de decisión soberana del país se puso en evidencia con la decisión del juez del distrito de New York, Thomas Griesa, ratificada por el tribunal del segundo circuito de New York durante 2012. Al interpretar la cláusula de 'igual trato' (*pari passu*) prevista en los contratos y en la ley mercantil del Estado de Nueva York que los bonos declaran aplicable a los conflictos emergentes de su cobro, atribuyó a los titulares de bonos que no entraron en los canjes de deuda, el derecho a cobrar el total del valor nominal de los títulos. Si bien la mayoría de los acreedores había aceptado los canjes, no existe en los contratos, ni en la normativa aplicable, reglas que permitan imponer la decisión mayoritaria de los acreedores a las minorías refractarias, como ocurre en los procesos legales nacionales sobre concursos y quiebras. En el caso los tribunales brindaron una interpretación extensiva de la cláusula '*pari passu*', derivando de ella una suerte de obligación del deudor de pagar a *pro rata* a la totalidad de los acreedores, sin poder establecer distinciones entre los acreedores que ingresaron en los procesos de reestructuración, y aquellos que decidieron no ingresar, y reclamar el valor nominal de los bonos (*holdouts*). Hasta entonces, si bien existían algunos precedentes aislados que habían otorgado a la cláusula '*pari passu*', el sentido de un pago a *pro rata* entre todos los acreedores, las decisiones principales de los tribunales americanos, y la doctrina especializada, rechazaba la interpretación que asimilaba la cláusula a un deber de pago a *pro rata*. Estas posiciones mayoritarias concluían que la cláusula sólo imponía al deudor una obligación de igual tratamiento, y la prohibición de establecer privilegios legales o una discriminación *de iure* entre los diferentes acreedores. Esta interpretación acotada de la cláusula no inhibía a los estados deudores de realizar acuerdos de reestructuración de deuda soberana, fijando condiciones diferenciales entre los acreedores que aceptaban esos procesos y quienes decidían no ingresar en las reestructuraciones. Incluso es interesante mencionar que al momento en que el tribunal del Segundo Circuito emite su decisión en el caso NML contra Argentina en 2012,¹³ un sector importante de la doctrina especializada e incluso el propio gobierno de los EEUU (mediante una presentación *amicus curiae*)¹⁴ emiten pronunciamientos concordantes en el sentido de que se había realizado una interpretación excesiva de la cláusula, lo que no sólo afectaba a la Argentina, sino que ponía en riesgo otros procesos de reestructuración de deuda soberana y la propia plaza norteamericana como ámbito para dirimir conflictos de deuda (Zamour (2013)).¹⁵

13 *NML Capital Ltd v Republic of Argentina* 699 F.3d 246 (2d Cir. 2012).

14 Brief for the United States of America as *Amicus Curiae* in Support of Argentina's Petition for Panel Rehearing and Rehearing En Banc, *NML Capital Ltd v Republic of Argentina*, No 12-105-cv(L) (2d Cir. Dec. 28, 2012), 2012 WL 6777132.

15 El artículo contiene una buena reseña del caso '*NML Capital v Argentina*', y de la discusión jurisprudencial y doctrinaria sobre la cláusula *pari passu*. El autor sin embargo hace una lectura más estrecha del alcance de la decisión y considera que en el caso no se amplió la interpretación de la cláusula, sino el tipo de remedio fijado por el tribunal ante la determinación del incumplimiento del contrato de deuda.

La iniciativa argentina de internacionalización del asunto en un foro como ONU, buscó por un lado salir de las reglas e instituciones del régimen de mercado de capitales, llevando la cuestión a un foro con mayor voz de los estados y un enfoque prioritariamente político. Dos reacciones marcan las tensiones sobre los diferentes espacios de regulación internacional. Algunos países y los sectores financieros hegemónicos a nivel global, plantearon que el tema debía mantenerse en el mismo espacio o régimen privado que lo venía encuadrando, básicamente el sistema regido por los contratos modelo de la Asociación Internacional de Mercado de Capitales - ICMA- sigla en inglés-. Cuando el proceso avanzó en ONU, la ICMA consideró el caso argentino, y propuso una modificación de los contratos modelo de deuda incorporando la denominada '*cláusula de acción colectiva*'. Esta cláusula permite imponer una reestructuración de deuda a los acreedores minoritarios cuando el proceso es aceptado por una mayoría calificada de acreedores. Esta nueva cláusula implica en la práctica una revisión del estándar de la cláusula '*pari passu*' en orden a facilitar futuras reestructuraciones de deuda soberana, pues permite diferencias de trato entre quienes ingresan o no en el proceso. Es interesante señalar que la inclusión de esta cláusula colectiva había sido recomendada por el FMI y por varios organismos y estados desde al menos principio de siglo ante el bloqueo de los fondos de inversión (fondos buitres) a otros procesos de reestructuración de países africanos. Pero estos planteos no lograron conmovir la posición de la ICMA, que integran los principales bancos intermediarios y emisores de deuda (Gelper & Gulati (2009)). La solución propuesta por la ICMA no ha detenido el proceso de discusión de un nuevo marco internacional sobre reestructuración de deuda. Los estados que impulsan el proceso y numerosas organizaciones sociales que acompañan esta discusión, han argumentado que la complejidad de los procesos de reestructuración no puede resolverse sólo con la inclusión de una cláusula de mayoría en los contratos. Entienden que es necesario regular un mecanismo legal que fije claramente el alcance de las normas que rigen la relación entre el estado deudor y los acreedores (algunos lo mencionan como un Código Financiero Internacional),¹⁶ un procedimiento de concurso con reglas claras¹⁷, y un órgano arbitral o bien una corte internacional de concursos y quiebras, que pueda dirimir los conflictos entre los acreedores con criterios objetivos, transparentes y con imparcialidad, desvinculada de los países que exportan capitales, y los sectores del mercado financiero global que tienen un peso hegemónico en la fijación de las reglas vigentes. Esta normativa debería establecer expresamente la posibilidad de un estado de declararse en cesación de pagos (default), habilitando un proceso de negociación con los acreedores, como vía para garantizar intereses públicos imperativos. También debería regularse la posibilidad de clasificar la deuda para excluir de los procesos de deuda odiosa o ilegítima y la posibilidad de fijar privilegios o tratos diferenciales a ciertos acreedores, por razones de preservación de interés público (Cibils (2015)).

16 Ver la propuesta de Oscar Ugarteche y Alberto Acosta (2007).

17 Así, por ejemplo, Kunibert Raffer ha propuesto convertir en norma internacional el procedimiento de concurso de la legislación federal de los EEUU, el denominado Capítulo 9. El FMI en 2001 propuso un procedimiento especial internacional de reestructuración de deuda soberana. Para un examen de las diferentes propuestas, puede verse Kaiser, 2013.

En la discusión emerge como asunto estratégico la elección del régimen global en el que se procura encuadrar los conflictos de reestructuración de deudas soberanas. Un debate sobre la opción por el '*foro más favorable*'.¹⁸ Se evidencia la tensión entre quienes buscan preservar como ámbito de regulación un 'régimen privado global' (los contratos modelo del régimen de mercado de capitales), y el intento de los estados de regular con otro enfoque los procesos de deuda, y en cierta medida poner de nuevo la cuestión en la esfera de la decisión política gubernamental. De allí que procuran al menos sumar un nuevo ámbito regulatorio, la ONU, como espacio multilateral sujeto al derecho internacional público y al derecho internacional de derechos humanos.

La búsqueda de un foro multilateral regido por el derecho internacional surge también de la imposibilidad de regular adecuadamente estos asuntos en el derecho interno de los países afectados,¹⁹ e incluso los límites que han demostrado las normas que dictaron algunos países centrales para contrarrestar en sus sistemas jurídicos nacionales la actuación abusiva de los fondos de inversión.²⁰

En ese sentido el derecho internacional público y los mecanismos formales multilaterales, pueden ser vías de preservación de autonomía, cuando permiten establecer regulaciones y límites a poderes económicos concentrados y transnacionales, que condicionan a los propios estados nacionales. Esto es así si contribuyen en definitiva a recuperar la potestad estatal de producir el derecho. El peso de los regímenes privados globales, expresado por ejemplo en los modelos de contrato de deuda, o de concesiones mineras, y el poder de presión de las grandes empresas transnacionales, difícilmente pueda ser contrarrestado por los Estados emergentes de manera aislada, unilateral, o exclusivamente a través de sus propios sistemas jurídicos nacionales.

- 18 Sabino Cassese ha estudiado el proceso de búsqueda de la 'ley más favorable' (*law shopping*) por las empresas en el contexto del derecho administrativo global europeo, donde se articulan normas administrativas nacionales que tienen validez transnacional, derecho europeo y derecho internacional. Por ejemplo las empresas farmacéuticas eligen en qué país europeo conviene atravesar la certificación de un producto válida para el resto del espacio europeo, y en ocasiones acuden a los foros regionales, como la comisión europea para cuestionar normas regulatorias nacionales, rompiendo la lógica bilateral de la relación clásica del derecho administrativo, Estado/ciudadano. Los procesos que describimos tienen puntos en común con esas experiencias, pues aquí, empresas, ciudadanos organizados, y los propios estados, atraviesan el escenario global para buscar (en su caso crear) el foro y la norma más favorable para dirimir el conflicto (Ver Cassese (2012)).
- 19 En Argentina, la Corte Suprema ha rehusado implementar decisiones de jueces extranjeros que hicieron lugar a demandas de fondos de inversión en contradicción con normas que la Corte juzgó imperativas y que conforman el *orden público constitucional argentino*. En el caso *Claren, dictado en 2014*, se negó a ejecutar la decisión del juez Thomas Griesa en el caso *MNL v Argentina*, por entender que esta decisión violaba leyes dictadas por Argentina en el proceso de reestructuración de deuda que habían ponderado el interés público afectado. Esta regla de exequátur blindó la jurisdicción nacional de la ejecución pero no impidió a los acreedores acudir a otros foros para realizar la ejecución del crédito.
- 20 Así por ejemplo Bélgica en 2008 y Inglaterra en 2009 fijaron regulaciones que limitaban la actuación de estos fondos en casos de deuda pública contraída por países menos desarrollados.

5 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 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, hasta aquí hemos presentado de manera esquemática cómo 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; educación superior como bien público vs la educación superior como servicio globalmente transable.

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 es posible afirmar 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 asignadas 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 anfibios, realizan esfuerzos para *cruzar los diversos foros* y ajustar las interpretaciones legales a principios armonizadores. Algunas 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, 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.

Bibliografía

- Abramovich V 'Autonomía y subsidiariedad: el Sistema Interamericano de Derechos Humanos frente a los sistemas de justicia nacionales' en C Rodríguez Garavito (ed) *El Derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, (2011) Editorial Siglo XXI, Buenos Aires: Colección Derecho y Política
- Abramovich V y Pautassi L (2009) *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos* Buenos Aires: Editorial Del Puerto
- Bohoslavsky JP y Justo JB (2010) *Protección del derecho humano al agua y arbitrajes de inversión* Santiago: CEPAL, Documentos de Proyecto
- Brunner JJ y Daniel U (2007) *Mercados Universitarios, el Nuevo Escenario de la Educación Superior* Santiago: Universidad Diego Portales
- Cassese S (2012) *La Política Global. La Dimensión Global de la Democracia y el Estado de Derecho* Sevilla: Editorial Derecho Global
- Carmody C (2011) *Some reflections on the culture of WTO law* disponible web
- Cibils, Alan, "Toward justice centred debt solutions: lessons from Argentina", Debt and Development Coalition Ireland, 2015. Disponible: <http://www.debtireland.org>
- Cibils A 'Toward justice-centred debt solutions: Lessons from Argentina' Debt and Development Coalition Ireland, 2015 Disponible en http://www.debtireland.org/download/pdf/towards_justice_centred_debt_solutions_2015.pdf
- Clark D, Fox J y Treackle K (2005) *Derecho a exigir respuestas. Reclamos de la sociedad civil ante el Panel de Inspección del Banco Mundial* Buenos Aires: Siglo XXI editores
- Eberhardt P (2014) *Investment protection at a crossroads. The TTIP and the future of international investment law* Berlin: Global Policy and Development, Friedrich-Ebert- Stiftung
- Garner B 'Trade, culture and the new politics of cultural development at Unesco' (2010) Tesis doctoral. Disponible en <https://www.escholar.manchester.ac.uk/uk-ac-man-scw:122378>

- Gelpern A y Gulati M 'Innovation after the revolution: Foreign sovereign bond contracts since 2003' (2009) 4 *Capital Markets Law Journal* 85-103
- IPPDH (Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR), (2014) *Ganar Derechos: Lineamientos para la formulación de políticas públicas basadas en derechos*
- Jackson JH, Davey WJ y Sykes AO (1995) *Legal problems of international economic relations. Cases, materials and texts* St. Paul, Minnesota: West Group
- Kaiser J (2013) *Resolving sovereign debt crises: Towards a fair and transparent international insolvency framework* Friedrich Ebert Stiftung Disponible en: <http://eurodad.org/files/pdf/527caff1b5c61.pdf>
- Kingsbury B, Krisch N & Stewart RB (2005) *The emergence of global administrative law* Disponible en <http://law.duke.edu/journals/lcp>
- Krasner S 'Structural causes and regime consequences: Regimes as intervening variables' (1982) 36 *International Organization*, núm. 36, 2, primavera 1982, p.185
- Krasner S 'Globalización y Soberanía' en G Teubner, S Sassen y S Krasner *Estado, Soberanía y Globalización* (2010) Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes
- Nelson P y Dorsey E 'New rights advocacy in a global public domain' (2006) *European Journal of International Relations*
- Rodríguez Garavito C *La Globalización del Estado de Derecho* (2008) Bogotá: Universidad de Los Andes
- Rodríguez Garavito C 'Navegando la Globalización: un mapamundi para el estudio y la práctica del derecho en América Latina' en C Rodríguez Garavito (ed) *El Derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* (2011) Buenos Aires: Editorial Siglo XXI, Colección Derecho y Política
- Rodríguez Garavito C (2012) *Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados* Bogotá: Colección De Justicia
- Sassen S (2010) *Territorio, Autoridad y Derechos. De los Ensamblajes Medievales a los Ensamblajes Globales* Buenos Aires: Katz
- Schneiderman D 'Investing in democracy. Political process and international investment law' (2010) 60 *University of Toronto Law Journal*
- Santos B de S (1995) *Toward a new common sense: Law, science and politics in paradigmatic transition* New York: Routledge
- Teubner G 'Regímenes Globales Privados: ¿Derecho Neoespontáneo y Constitución Dual de Sectores Autónomos en G Teubner, S Sassen y S Krasner *Estado, Soberanía y Globalización* (2010) Bogotá: Siglo del Hombre
- Twining W (2005) *Derecho y Globalización* Bogotá: Editorial Siglo del Hombre, Universidad de Los Andes
- Ugarteche O y Acosta A 'Global economy issues and the International Board for Arbitration of Sovereign Debt (IBASD)' (2007) 2 *El Norte - Finnish Journal of Latin American Studies* Disponible en: http://www.elnorte.fi/archive/2007-2/2007_2_elnorte_ugarteche.pdf
- Uprimny R 'Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos' en C Rodríguez Garavito (ed) *El Derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* (2011) Buenos Aires: Editorial Siglo XXI, Colección Derecho y Política

- Vlk A 'Higher education and GATS. Regulatory consequences and stakeholders' responses'; tesis doctoral, Cheps, 2006 Disponible en: http://doc.utwente.nl/57133/1/thesis_Vlk.pdf
- Yrigoyen Fajardo RZ 'Constitucionalismo pluralista y pueblos indígenas' en C Rodríguez Garavito (ed) *El derecho en América Latina, Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* (2011) Buenos Aires: Siglo XXI
- Zamour R 'NML v Argentina and the ratable payment interpretation of the *pari passu* clause' (2013) 38 *Yale Journal of International Law Online*
- Ziguras C 'The impact of the GATS on transnational tertiary education: Comparing experiences of New Zealand, Australia, Singapore and Malaysia' (2003) 30 *The Australian Educational Researcher* Disponible en: <http://files.eric.ed.gov/fulltext/EJ788856.pdf>