

PRIMERA PARTE
NUEVOS ENFOQUES PARA CONCEBIR
UNA RELACIÓN DIFÍCIL

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

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

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

I. ¿CÓMO LLEGÓ EL ICCAL AL DEI?

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

* Armin von Bogdandy, Franz Christian Ebert, Mariela Morales Antoniazzi y Ximena Soley son respectivamente director e investigadores del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público; Eduardo Ferrer Mac-Gregor es Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Flávia Piovesan es Comisionada de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; y Pedro Salazar Ugarte es Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Agradecemos a Jesús María Casal, Leonardo García Jaramillo, Sabrina Ragone, Pablo Saavedra, Elizabeth Salmón, Judith Schönsteiner, José Ma. Serna de la Garza, Jorge Ernesto Roa Roa, Lucas Sánchez, René Urueña y Pedro Villarreal por sus valiosas sugerencias y comentarios. Las partes II y III de esta introducción se basan en los artículos de von Bogdandy, Armin, “*Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador*”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 34, enero-junio de 2015, pp. 3-50 y de von Bogdandy, Armin *et al.*, “*Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador*”, trad. de Jorge Ernesto Roa Roa, en von Bogdandy, Armin *et al.* (eds.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro/Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, 2017, pp. 17-51. Estos textos también fueron publicados en inglés en la obra colectiva: von Bogdandy, Armin *et al.* (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

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

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

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

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

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

⁴ Véase la contribución de René Uruña en este volumen.

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

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

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

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

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

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

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

⁹ Véase por ejemplo Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional*, Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, elaborado por Martti Koskeniemi, A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006; Góngora Mera, Manuel Eduardo, “Globalización de la naturaleza y fragmentación del derecho internacional”, en Henríquez, Narda et al. (eds.), *Desigualdades en un mundo globalizado*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015, pp. 165-182, en especial pp. 173-179.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. LA IDEA DEL ICCAL Y SU VISIÓN DEL DEI

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁹ Sobre sus fundamentos filosóficos Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2003; Salazar Ugarte, Pedro, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)”, en González Pérez, Luis Raúl y Valadés, Diego (eds.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. 345-387.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Configurar conjuntamente un espacio jurídico latinoamericano

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. *Derechos humanos e inclusión social*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. *Pluralismo dialógico*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Institucionalidad y democracia

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁹⁰ Gloppen, Siri, *op. cit.*, p. 39.

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. LA ESTRUCTURA DEL LIBRO

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

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

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

1. *Nuevos enfoques para concebir una relación difícil*

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

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

2. *Aproximaciones desde otros enfoques*

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

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

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

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

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

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

3. La relación entre ICCAL y DEI en general

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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