

TERCERA PARTE
LA RELACIÓN ENTRE ICCAL Y DEI EN GENERAL

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL. FINES Y MEDIOS

Juan Bautista JUSTO*
Juan Pablo BOHOSLAVSKY**

“Many of us thought that lack of standards for human rights the world over was one of the greatest causes of friction among the nations, and that recognition of human rights might become one of the cornerstones on which peace could eventually be based”.

Eleanor ROOSEVELT, *The promise of human rights*, 1948

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El problema de la tensión entre derechos humanos y DEI*. III. *Instituciones del DEI. La experiencia de la OMC y los AII*. IV. *Tipología de conflictos entre DEI y derechos humanos*. V. *El control de convencionalidad de las decisiones de las instituciones del DEI. Fundamentos*. VI. *Operatividad del control de convencionalidad de las decisiones del DEI*. VII. *Alternativas para evitar el conflicto entre derechos humanos y DEI*. VIII. *Conclusiones*.

* Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Nacional del Comahue, Argentina.

** Experto Independiente de la ONU en Deuda y Derechos Humanos, Doctor en Derecho. El texto se basa en varios trabajos anteriores de los autores, incluyendo Bohoslavsky, Juan Pablo y Justo, Juan Bautista, “Control de convencionalidad de los arbitrajes de inversión”, *Revista de Derecho Público*, t. 2010-II, pp. 235-309; Justo, Juan Bautista, *El Derecho Humano al Agua y Saneamiento frente a los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM)*, Santiago de Chile, Naciones Unidas, 2013; Justo, Juan Bautista, “Procedimientos locales y progresividad. El mandato participativo de los DESC”, *Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, núm. 5, 2013.

I. INTRODUCCIÓN

En el año 2000, un Grupo Especial de la Organización Mundial del Comercio (OMC) consideró que la excepción de acumulación de existencias establecida en el régimen de propiedad intelectual canadiense infringía el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC).¹ Esa excepción postula que no se violan los derechos del titular de una patente de medicamentos si, dentro de los seis meses previos a su vencimiento, se autoriza a otra firma a iniciar la fabricación del mismo producto con fines de almacenamiento pero no de venta. El sentido de la disposición es evitar que se discontinúe la producción del fármaco o que se genere un monopolio de facto del titular de la patente vencida, aspectos que son centrales —entre otros— para el éxito de la lucha contra el VIH en los países del tercer mundo. En ese proceso, la Unión Europea sostuvo que, en virtud del artículo 8 del ADPIC, “la salud pública, la nutrición y otros elementos de interés público debían subordinarse a la protección de los derechos de propiedad intelectual”.² A su vez, en 2012 un panel del CIADI desestimó el pedido de intervención de comunidades indígenas en litigios relacionados con disputas de tierras en Zimbabue, afirmando que no existían pruebas sobre la existencia de una interdependencia entre el derecho de inversiones y los derechos humanos.³

En este capítulo se explora la interacción de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos —en especial el interamericano— con dos áreas claves del derecho económico internacional (DEI), como son las referidas al comercio y a las inversiones. Dilucidar los alcances de ese vínculo es fundamental para el logro de los objetivos que guían la construcción del *Ius Commune* latinoamericano, una tendencia que se focaliza en promover el respeto de los principios de los derechos humanos, el desarrollo del Estado abierto y la conformación de instituciones internacionales eficaces y legítimas.⁴

¹ Véase OMC, *Canadá – Patentes para productos farmacéuticos*, Grupo Especial WT/DS114/R, 17 de marzo de 2000, párr. 8.1.

² *Ibidem*, párr. 4.30. Véase también párr. 7.36.

³ *Border Timbers Limited y otros v. República de Zimbabue* (Caso CIADI Núm. ARB/10/25), y *Bernhard von Pezold y otros v. República de Zimbabue*, Caso CIADI Núm. ARB/10/15, Orden Procesal Núm. 2, 26 de junio de 2012, párr. 58.

⁴ von Bogdandy, Armin, “*Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*. Una aclaración conceptual”, 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. 3-23.

Para contribuir a alcanzar esas metas, se postula aquí que las autoridades internas de los Estados parte de los tratados de derechos humanos deben ejercer el control de convencionalidad de las decisiones emanadas de los órganos del DEI —paneles arbitrales y cuerpos de solución de controversias de la OMC— y, en caso de incompatibilidad con los derechos humanos, abstenerse de ponerlas en práctica o bien aplicar los mecanismos formales para la cesación de sus efectos. El fundamento de esa obligación es de orden histórico, lógico y jurídico: tal como expresa la Carta de las Naciones Unidas, los derechos humanos encarnan los fines del derecho internacional de posguerra, mientras que las instituciones del DEI deberían ser entendidas como medios establecidos para el logro de esos fines. Los medios no pueden prevalecer sobre los fines, sino que deben adecuarse a ellos. Cuando el medio comporta la frustración del fin, debe ser dejado de lado. Esa es la tarea del control de convencionalidad.

El control de convencionalidad es la *última ratio*. Para evitar que los conflictos se produzcan, los órganos del DEI deben tener en cuenta al momento de aplicar sus respectivos marcos normativos no sólo las normas sectoriales sino también los estándares provenientes de las convenciones de derechos humanos. En el caso de los Acuerdos Internacionales sobre Inversiones (AII), la armonización de los diferentes objetivos en juego se logra si los paneles arbitrales computan el deber estatal de protección de los derechos humanos cuando analizan la legalidad de las medidas que afectan al inversor. Por su parte, la OMC tiene en la cláusula de excepciones generales una herramienta sumamente útil para esa armonización.

II. EL PROBLEMA DE LA TENSIÓN ENTRE DERECHOS HUMANOS Y DEI

El sometimiento de los Estados a normas internacionales que penetran crecientemente en el funcionamiento doméstico implica la sujeción a un orden marcado por una pluralidad de fuentes obligacionales. De acuerdo a la visión predominante,⁵ y con la salvedad de las normas que lleguen a calificarse como

⁵ Véase 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 Koskenniemi, A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006, párrs. 26 y 85; Koskenniemi, Martti y Päivi, Leino, “Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, núm. 3, 2002, pp. 553-579; Marceau, Gabrielle, “Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions: The Relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties”, *Journal of World Trade*, vol. 35, núm. 6, 2001, pp. 1081-1131.

ius cogens, esas fuentes no están vinculadas formalmente por un nexo de jerarquía, por lo que la ampliación de su ámbito de aplicación conlleva el riesgo de un incremento de los conflictos entre los diferentes subsistemas.

Por otro lado, el poder público doméstico ya no tiene la última palabra. Asistimos al surgimiento de diferentes formas de jurisprudencia a cargo de cuerpos internacionales desconectados entre sí, que en ocasiones persiguen fines contradictorios. Por ejemplo, los Estados de América Latina deben acatar los fallos y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las recomendaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los laudos arbitrales de inversiones, las decisiones de los órganos de la OMC y las del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur, entre otros. Todos estos cuerpos se rigen por normas igualmente imperativas para el Estado —porque no se admite jerarquía entre ellas— y sus resoluciones deben ser atendidas por el país respectivo.

Paralelamente, en virtud de la regla de inoponibilidad del derecho interno plasmada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), las normas —tanto legales como constitucionales—, las sentencias y los actos emanados del Estado son para los cuerpos internacionales simples *hechos*,⁶ que se analizan a nivel internacional con independencia de su significación o jerarquía dentro del ordenamiento jurídico del respectivo Estado.⁷ Esa naturaleza meramente fáctica del cúmulo de expresiones del poder público nacional frente a las normas internacionales deja a los Estados inermes frente a los actos jurídicos que se crean en ese ámbito.

El nuevo escenario de pluralidad de subsistemas y la autonomía entre ellos hacen que los diferentes actores acudan a los foros más favorables para condicionar las políticas que les afectan. Se elige el foro y al hacerlo se determina el enfoque y el marco jurídico bajo el que será examinada la

⁶ Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), *Ciertos Intereses Alemanes en la Alta Silesia Polaca*, 1926, Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia Internacional, *Collection of Judgments*, Serie A, núm. 7, p. 19; Comisión de Derecho Internacional, Responsabilidad internacional (A/CN.4/106), *Segundo informe de F. V. García Amador, relator especial*, 15 de febrero de 1957, párr. 5; *Segundo informe sobre la responsabilidad de los Estados, por el Sr. Roberto Ago, relator especial*, 20 de abril de 1970, párr. 145. Corte IDH, *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículos 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-13/93 de 16 de julio de 1993, párr. 34.

⁷ Corte IDH, *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (artículos 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994, párr. 22.

controversia.⁸ Las tensiones interpretativas que existen entre los diferentes tribunales muestran que asistimos a una lucha por la hegemonía, en la cual cada subsistema aspira a que sus intereses sectoriales se identifiquen con el interés general del derecho internacional.

El DEI no escapa a ese fenómeno. Su arquitectura jurídica —tanto en materia de comercio como de inversiones— implica una inevitable transferencia de potestades regulatorias domésticas a favor de cuerpos internacionales. En la mayoría de los casos estos cuerpos operan a partir de la idea de una hermética separación con los regímenes de derechos humanos. Como resultado de esa disociación, los Estados se exponen a recibir reclamos desde ambos frentes: o bien se los responsabiliza por no adoptar las medidas necesarias para asegurar el goce efectivo de los derechos consagrados en los pactos de derechos humanos, o bien por tomar esas medidas y afectar con ello los intereses de los inversores o los compromisos de liberalización comercial. Esto ha sucedido, por ejemplo, en los casos de reclamos de inversores extranjeros que operaban empresas proveedoras de agua potable y servicio de saneamiento en Argentina, puesto que, entre otras cuestiones, el Estado no había permitido un aumento dolarizado de la tarifa dada la situación de colapso económico y social del país en ese momento y la necesidad de garantizar el acceso universal a esos servicios.

En ese marco, se explorará aquí la posibilidad de utilizar el dispositivo del control de convencionalidad para asegurar que las decisiones adoptadas por los órganos del DEI no comprometan el efectivo disfrute de los derechos humanos, especialmente por vía de incapacitar a los Estados en la implementación de las medidas de acción positiva que son necesarias para alcanzar ese disfrute en los países menos adelantados.⁹

⁸ Abramovich, Víctor, “Poderes regulatorios estatales en el pluralismo jurídico global”, *Sur*, núm. 21, 2015, p. 4.

⁹ Sobre estos aspectos, véase Bohoslavsky, Juan Pablo y Justo, Juan Bautista, “Inversiones extranjeras y derechos humanos: entre la permanencia y el cambio”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur*, vol. 3, núm. 5, 2015, pp. 65-94; Bohoslavsky, Juan Pablo y Justo, Juan Bautista, “Compatibilizando derechos de los inversores extranjeros y derechos humanos: ¿Por qué? ¿Cómo? ¿Quién? ¿Cuándo?”, en Tanzi, Attila y Gradoni, Lorenzo (eds.), *Derecho Internacional de las Inversiones Extranjeras: Problemas y Perspectivas*, Leiden, Brill, 2016, pp. 671-710; Bohoslavsky, Juan Pablo y Justo, Juan Bautista, “Control de convencionalidad...”, *cit.*; Bohoslavsky, Juan Pablo y Justo, Juan Bautista, *Protección del derecho humano al agua y arbitrajes de inversión*, LC/W.375-P/E, Documentos de proyectos, núm. 375, Santiago de Chile, CEPAL, 2010.

III. INSTITUCIONES DEL DEI. LA EXPERIENCIA DE LA OMC Y LOS AIIS

1. *La Organización Mundial de Comercio (OMC)*

La OMC es la institución que lidera en la actualidad el sistema multilateral de comercio. Fue constituida por el Acuerdo de Marrakech de 1994 como sucesora del GATT de 1947 luego de la Ronda Uruguay (1986-1994). Su establecimiento responde al predominio neoliberal plasmado en el Consenso de Washington e implicó un gran fortalecimiento del modelo de desregulación global.¹⁰ En este sistema, los Estados se comprometen a garantizar una serie de principios y objetivos al momento de regular el comercio. Entre ellos se destacan los de nación más favorecida (NMF),¹¹ trato nacional (TN),¹² transparencia,¹³ y libertad de comercio.¹⁴

¹⁰ Véase Faundez, Julio, “International Economic Law and Development: Before and After Neo-Liberalism”, en Faundez, Julio y Tan, Celine (eds.), *International Economic Law, Globalization and Developing Countries*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010, p. 21.

¹¹ La idea central del principio de NMF es que cada miembro de la OMC debe otorgar a los demás Estados parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a otro socio comercial o a cualquier tercero, sea parte de la OMC o no. Véase McRae, Donald, “MFN in the GATT and the WTO”, *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, vol. 7, núm. 1, 2012, pp. 1-24.

¹² Así como la NMF previene la discriminación entre productos importados, evitando que se conceda a unos un trato más favorable que a otros, el TN procura evitar que esa discriminación suceda entre los productos importados y los nacionales. En virtud de este compromiso, cada miembro debe brindar a los productos o servicios de los demás Estados parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios productos o servicios. Véase Ortino, Federico, *From “Non-Discrimination” to “Reasonableness”: A Paradigm Shift in International Economic Law?*, Jean Monnet Working Paper n° 01/05, 2005, p. 10, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=922524>.

¹³ Otra pauta esencial para dotar de seguridad jurídica y previsibilidad al tráfico internacional pasa por la divulgación de las prácticas y normas comerciales de cada país y su notificación a la OMC. El monitoreo periódico de esas políticas domésticas es implementado a través del Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales.

¹⁴ El propósito del sistema administrado por la OMC es evitar las distorsiones que en el comercio global produce el establecimiento unilateral de aranceles y otras barreras a las importaciones. Bajo una pauta de gradualidad que procura contemplar la situación de los países menos adelantados, los acuerdos de la OMC tienen por meta lograr una “liberalización progresiva” del comercio internacional. Para materializar esa liberalización se recurre a la “consolidación” de los compromisos, fijando topes uniformes para los aranceles que no pueden ser modificados de modo unilateral. Véase Hoekman, Bernard, “The WTO: Functions and Basic Principles”, en Hoekman, Bernard *et al.* (ed.), *Development, Trade, and The WTO. A Handbook*, The World Bank, Washington, 2002, p. 42.

El presupuesto económico de la OMC es el criterio de la ventaja comparativa, en función del cual cada país debe especializarse en la producción de bienes para los cuales tiene ventajas naturales o similares. La intervención gubernamental en el comercio distorsiona las señales de precios, llevando a un país a especializarse en productos para los que no tiene una ventaja comparativa y resintiéndolo así la eficiencia global. Es por ello que los dos principios básicos de la OMC —el NMF y TN— están pensados para facilitar las operaciones en el mercado, garantizando la igualdad de trato de las mercancías con total independencia de su país de origen. La estructura jurídica del sistema mundial de comercio administrado por la OMC se encuentra contenida en el Acuerdo de Marrakech y en sus diferentes anexos.¹⁵ Coincidente con el fin de la Guerra Fría, el clima político pro mercado que enmarcó el nacimiento de la OMC llevó a que la aparición de la nueva institución fuera acompañada de una trascendente reformulación del diseño previo. Entre los puntos más salientes del cambio se destacan la ampliación del ámbito de aplicación del derecho comercial internacional sustantivo —que pasó a incluir materias tradicionalmente excluidas de los compromisos multilaterales, como agricultura, servicios (mediante los GATS) y propiedad intelectual (mediante el ADPIC)— y la judicialización del mecanismo de resolución de diferencias.

En efecto, uno de los rasgos más destacables de la OMC es la fortaleza de su mecanismo de fiscalización de cumplimiento. En comparación con el modelo relativamente débil del GATT de 1947, el nuevo Entendimiento sobre Solución de Diferencias se caracteriza por inclinar fuertemente la balanza del sistema multilateral a favor de la función jurisdiccional global.

Los conflictos que dan lugar al inicio del proceso de solución de diferencias se relacionan con la alegación de una infracción a los acuerdos por parte de un miembro. Esa infracción proviene generalmente de la adopción de medidas que contravienen los compromisos de liberalización que dan sustento a

¹⁵ El ámbito de la OMC se encuentra delimitado en el Anexo 1, que incluye tres bloques temáticos: Anexo 1A, comprensivo de los acuerdos multilaterales sobre comercio de mercancías, con su núcleo general en el GATT de 1994, complementado por acuerdos en temáticas tales como agricultura, aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias, inversiones, normas de origen, subvenciones y salvaguardias, entre otras; Anexo 1B, conteniendo el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios y Anexos (GATS); y Anexo 1C, conteniendo el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). El Anexo 2 regula los procedimientos y las normas de acuerdo a los cuales se rige la solución de controversias, denominado “Entendimiento sobre Solución de Diferencias”. El Anexo 3 regula el “Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales” (MEPC). El Anexo 4 disciplina ciertos acuerdos comerciales sectoriales de naturaleza plurilateral, vinculados con comercio de aeronaves civiles, contratación pública, productos lácteos y carnes bovinas.

la OMC, ya sea mediante prácticas discriminatorias que violan los principios de NMF o TN, imposición de barreras arancelarias prohibidas, o similares.

La solución de esas diferencias se encuentra a cargo del Órgano de Solución de Diferencias (OSD), rol que tiene a cargo el Consejo General de la OMC, integrado por todos sus miembros. Esa labor se lleva a cabo con la asistencia de Grupos Especiales de expertos que examinan el caso y elaboran un informe que puede ser objeto de revisión, a cargo del Órgano de Apelación. La resolución del diferendo se materializa con la adopción del informe del Grupo Especial o —en su caso— del Órgano de Apelación por parte del OSD, lo cual ocurre en forma automática, a menos que se obtenga el consenso para revertirla. Una vez la decisión es firme, el OSD vigila su ejecución y puede incluso autorizar la adopción de medidas de retorsión en caso de incumplimiento.

Así, cuando en un caso se declara la incompatibilidad de la medida cuestionada con los acuerdos de la OMC, se ordena al miembro que regularice su situación suprimiéndola. Si no lo hace, se habilita al país ganador a reclamar una compensación o bien a suspender temporalmente las concesiones al incumplidor.¹⁶

Como puede verse, la OMC es el caso paradigmático de una institución internacional que tiene la capacidad jurídica de imponer normas, juzgarlas e instar su acatamiento con un nivel de eficacia que cualquier sistema de derechos humanos envidiaría. Obligaciones sustantivas y mecanismos de solución de controversias similares se encuentran en múltiples acuerdos de libre comercio a nivel bilateral y regional.

¹⁶ El Entendimiento sobre Solución de Diferencias no habilita a reclamar compensación por los perjuicios ocasionados por la medida que sean anteriores a la adopción de la decisión que da la razón al reclamante. La “reparación” consiste en la derogación o reforma de la medida que contraviene los compromisos multilaterales, todo ello dentro de un plazo razonable. Véase al respecto Allen, Brooks E. y Soave, Tommaso, “Jurisdictional Overlap in WTO Dispute Settlement and Investment Arbitration”, *Arbitration International*, vol. 30, núm. 1, 2014, pp. 1-58; Trachtman, Joel P., “Building the WTO Cathedral”, *Stanford Journal of International Law*, vol. 43, 2007, pp. 1-45. El sistema de resolución de controversias de la OMC no ofrece ningún mecanismo para reclamar la reparación de daños, pues la única medida que contempla es la cesación de la conducta ilícita y —eventualmente— la retorsión. La compensación necesariamente debe ser consensuada con el infractor, lo cual la priva de utilidad sobre todo si hay asimetría de fuerzas.

1. *Acuerdos Internacionales sobre Inversión (AII)*

En paralelo a la OMC, la estructura de protección de los inversores extranjeros —integrada por diferentes regímenes de solución de controversias previstos tanto en acuerdos bilaterales como regionales— se asienta en dos bases: la primera procesal, la segunda sustancial.

Desde una *perspectiva procesal*, esto es, desde los mecanismos que se aplican para resolver una disputa entre un inversor y el Estado que lo aloja, el sistema presenta las siguientes características:

- a) El AII se aplica a todas las inversiones extranjeras salvo las que estén expresamente excluidas, sin importar el rol estratégico o la relevancia nacional que pueda tener la actividad en la que ellas se insertan (por ejemplo, servicios esenciales o salud pública). De esa forma, sectores clave de la economía quedan sujetos a un modelo de internacionalización del derecho que consiste básicamente en extrapolar las reglas del arbitraje privado al campo del derecho público;
- b) Cuando los inversores (o un socio minoritario de ellos) se sienten afectados por alguna decisión del Estado que involucra cualquier aspecto de su inversión, pueden demandarlo directamente (sin necesidad de recorrer antes ningún camino interno)¹⁷ ante foros arbitrales en los cuales el poder político y de voto está concentrado en los principales países exportadores de capitales;
- c) A través de las “cláusulas paraguas”, las infracciones de compromisos contractuales por parte del Estado pueden ser elevadas a violaciones de sus obligaciones internacionales, con lo que cualquier aspecto de un acuerdo que el Estado celebre con un inversor en áreas como recursos naturales o servicios públicos esenciales puede terminar siendo dirimido en la jurisdicción arbitral;
- d) Los árbitros encargados de resolver la disputa pueden revisar la conducta de cualquier rama del Estado y desplazar del análisis al derecho nacional, aplicando los criterios del AII;

¹⁷ A diferencia de lo que sucede con los pactos de derechos humanos, la jurisdicción internacional prevista en los AII es principal y no subsidiaria; es decir que desplaza —y no complementa— la labor de los jueces locales. Véase Montt, Santiago, “What international investment law and Latin America can and should demand from each other. Updating the Bello/Calvo doctrine in the BIT generation”, en Kingsbury, Benedict *et al.* (eds.), *El Nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina*, Buenos Aires, Res Publica Argentina, 2009.

- e) La decisión que adopten esos árbitros tiene un marco de revisión sumamente limitado a nivel internacional¹⁸ y directamente nulo a nivel local.¹⁹ Los jueces nacionales no pueden controlar el laudo y deben ponerlo en práctica (por ejemplo, embargando bienes del Estado) como si fuera una sentencia emitida en autoridad de cosa juzgada.

En ese sistema de resolución de controversias que —como vemos— se caracteriza por sustraer absolutamente el conflicto de la esfera del país receptor, se aplican también una serie de principios sustanciales de protección a los inversores que se fijan en los AII. En general, se prohíben conductas que infrinjan estándares tales como el trato justo y equitativo,²⁰ el trato nacional²¹ y el de nación más favorecida,²² consagrándose también la prohibición de expropiar directa o indirectamente la inversión sin respetar las siguientes condiciones: *i*) persecución de una finalidad pública legítima; *ii*) ausencia de discriminación; *iii*) respeto del debido proceso, y; *iv*) pago de una pronta, adecuada y efectiva compensación al expropiado.²³

Ahora bien, el problema es que los AII establecen esos estándares con un alto grado de indeterminación, sin detallar con precisión los derechos y obligaciones de las partes.²⁴ Ello hace que sean los árbitros quienes en definitiva fijan la extensión concreta de los parámetros de protección de los inversores, con prácticamente nulas posibilidades de revisión. La situación se agrava porque los árbitros se designan para cada caso y no hay un régimen de unificación de criterios, por ejemplo, mediante un sistema permanente de revisión.²⁵

¹⁸ Artículo 52 del Convenio CIADI.

¹⁹ Artículo 54 del Convenio CIADI.

²⁰ Sobre sus alcances véase Bohoslavsky, Juan Pablo y Justo, Juan Bautista, “Inversiones extranjeras y derechos humanos...”, *cit.*

²¹ A diferencia de la OMC —donde el TN procura asegurar igualdad de oportunidades y por ende basta con verificar que existe una regulación contraria a esa posibilidad— en los AII debe acreditarse el daño efectivo causado al inversor.

²² Evitando aquí la discriminación entre inversores extranjeros provenientes de diferentes países.

²³ Véase Justo, Juan Bautista, “Amenazas y escudos protectores. Las inversiones en el sector energético y la saga de la expropiación en el derecho internacional”, *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería (RADHEM)*, núm. 13, 2017.

²⁴ Véase Kaushal, Asha, “Revisiting history: how the past matters for the present backlash against the foreign investment regime”, *Harvard International Law Journal*, vol. 50, núm. 2, 2009, pp. 491-534.

²⁵ En este punto, tanto la laxitud de los términos de los AII como la ausencia de un órgano permanente que unifique criterios son dos aspectos que los distinguen del régimen de la OMC. Véase Di Mascio, Nicholas y Pauwelyn, Joost, “Non-Discrimination in Trade and

En ese contexto, cuando la discrecionalidad que esa indeterminación trae aparejada se combina con una interpretación del AII que no toma en cuenta los deberes que el Estado tiene frente a su población (por ejemplo en materia ambiental, salud pública, agua, derechos humanos, igualdad racial, etcétera) ocurren interpretaciones expansivas de los derechos de los inversores que prácticamente los ponen a resguardo del riesgo empresarial y obturan la posibilidad de evolución institucional y desarrollo del país receptor.

IV. TIPOLOGÍA DE CONFLICTOS ENTRE DEI Y DERECHOS HUMANOS

Existen al menos dos maneras de definir un conflicto normativo en el derecho internacional. Según un criterio estricto, existe un conflicto si para una parte en dos o más tratados solo resulta posible cumplir una norma dejando de cumplir con la otra. Este es el abordaje que en general adoptan los órganos de resolución de controversias de la OMC.²⁶ Por el contrario, desde una perspectiva amplia, el conflicto puede suscitarse cuando un tratado llega a frustrar los fines de otro tratado, aun si no existe una incompatibilidad estricta entre sus disposiciones.²⁷ Esa es la perspectiva que nos parece más realista y menos formalista, además de ser más acorde con el artículo 41.a.ii de la CVDT.²⁸

Teniendo en miras esa noción amplia de conflicto, que incluye la frustración de los propósitos de los diferentes tratados, podemos ver que el control de convencionalidad que aquí se propone aborda diferentes hipótesis de colisión *directa o indirecta* entre las decisiones provenientes del DEI y los compromisos en materia de derechos humanos. Esa situación debe ser *prevenida* por los propios órganos de aplicación del DEI al definir el alcance de las normas aplicables o *remediada* por las autoridades nacionales

Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin?”, *American Journal of International Law*, vol. 102, 2008, pp. 48-89.

²⁶ OMC, *Guatemala – Cemento I*, Órgano de Apelación, WT/DS60/AB/R, 2 de noviembre de 1998, párr. 65; OMC, *Indonesia – Automóviles*, Grupo Especial WT/DS54, 55, 59 y 64/R, 23 de julio de 1998, párrs. 14.29-14.36 y 14.99; Marceau, Gabrielle, “WTO Dispute Settlement and Human Rights”, *European Journal of International Law*, vol. 13, núm. 4, 2002, pp. 753-814.

²⁷ Esta última noción es la que adopta la Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del derecho internacional...*, *cit.*, párrs. 24 y 25. Véase al respecto el capítulo de Manuel Eduardo Góngora Mera en este volumen.

²⁸ Esa disposición califica como hipótesis de conflicto con las previsiones de un tratado multilateral a la asunción de un compromiso ulterior que “sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado *en su conjunto*”. Véase en general Bartels, Lorand, *The Relationship between Treaties*, Paper for CIEL, 2001.

o supranacionales que velan por la observancia de los pactos. Los supuestos son los que siguen.

1. *Incompatibilidad directa*

En este supuesto la colisión entre la decisión del DEI y el tratado resulta directamente —*per se*— del contenido mismo de lo resuelto y no depende de otros factores externos (no es contingente). Ocurre al menos en tres casos, enumerados desde el mayor nivel de intensidad en la colisión al menor, aspecto que incide en la carga y amplitud de la prueba sobre esa contradicción:

A. *Orden de violar el tratado de derechos humanos*

En este caso, la decisión proveniente del DEI ordena al Estado que infrinja una norma del tratado de derechos humanos. Por ejemplo, en el caso *Ecuador v. Chevron*,²⁹ cumplir la medida cautelar del tribunal arbitral implicaba violar el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

²⁹ En 2012, un tribunal de Ecuador decidió rechazar el requerimiento efectuado por un panel arbitral de suspender una sentencia de ese país que condena a Chevron a pagar cerca de 18.000 millones de USD por daños ambientales causados a más de 30,000 personas; *Chevron Corporation —USA— & Texaco Petroleum Company —USA— v. The Republic of Ecuador*, Caso CPA Núm. 2009-23, laudo interino del 15 de enero de 2012, párrs. 11-16. Los jueces ecuatorianos ratificaron aquel dilema normativo que un importante sector de la academia insiste en calificar como meramente conjetural: “Por un lado, la fuerza vinculante para el Estado Ecuatoriano de los laudos arbitrales (en materia de inversiones), y por otro, la vigencia efectiva de los Derechos Humanos”. Y no dudaron en concluir que —en la disyuntiva entre cumplir el laudo y asegurar la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 25 de la CADH— debía prevalecer esta última; Corte de Sucumbíos, *Maria Aguinda y otros v. Chevron Corporation*, providencia del 17 de febrero de 2012, disponible en: <http://www.funcionjudicial-sucumbios.gob.ec/sucumbios/index.php/consulta-de-causas.html>. La saga es aún más compleja, puesto que los reclamantes solicitaron una medida provisional a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a fin que Ecuador se abstuviera de adoptar cualquier decisión que pudiera contravenir, menoscabar, o amenazar, los derechos humanos a la vida, integridad física, y salud de los afectados, así como sus derechos a un juicio justo en todo sentido, a gozar de protección judicial, a la determinación de medidas de resarcimiento para sus pretensiones judiciales y a la ejecución de dichas medidas, tal y como lo garantiza la CADH; Petición de una medida provisional de 9 de marzo de 2012, disponible en: <http://www.nd.edu/~ndlaw/faculty/cassel/IACHR-PM-request.pdf>. Esa solicitud fue luego retirada, pues los demandantes consideraron que la resolución del tribunal de Sucumbíos satisfacía sus necesidades de tutela. Véase Hepburn, Jarrod, “Ecuadorian Plaintiffs Withdraw Request for Protective Measures, After Sparring with Chevron over Need for Human Rights Authorities to Intervene”, *Investment Arbitration Reporter*, vol. 5, núm. 5, 2012.

(CADH) que —a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana— concibe al cumplimiento de las sentencias como elemento integrante del derecho de acceso a la justicia.³⁰

En el ámbito de la OMC, puede observarse esta hipótesis de incompatibilidad directa en la prohibición de aplicar mecanismos de ayuda a campesinos como estrategia de lucha contra el hambre, por considerarlos subsidios contrarios al derecho de la organización.

El Acuerdo sobre Agricultura de la OMC obliga a los miembros a ceñirse a los niveles de ayuda a los agricultores locales (a través de la compra estatal de la producción) que estaban vigentes en el periodo 1986-1988. Cuando excede dicho nivel, la medida doméstica se considera como un subsidio distorsivo y violatorio del régimen de la organización. El problema es que, en los años ochenta, los países desarrollados tenían un alto nivel de subsidios, mientras que los subdesarrollados, acuciados por la crisis de la deuda, carecían de asistencia en este punto. Al haber establecido esa fecha de corte, se ha atado a los países en vías de desarrollo a un escenario de ayuda cero, incapaz de abordar la inseguridad alimentaria en sus territorios. Como resultado de lo anterior, Estados Unidos puede dar subsidios por 1.608 USD anuales por persona mientras que India sólo por 25 USD. Dicho de otro modo, bajo el régimen de la OMC, Estados Unidos puede otorgar 64 veces más asistencia alimentaria que India (donde el 99% de los productores son de bajos ingresos), porque cualquier incremento implica un subsidio distorsivo.³¹

Como resultado de esas reglas, los compromisos de la OMC obstaculizan los programas de lucha contra el hambre mediante mecanismos de precios subsidiados, dando cuenta de una clara incompatibilidad entre la restricción al margen de acción nacional que marca la obligación de desregulación comercial y el deber de actuación positiva que reclama el derecho humano a la alimentación.

³⁰ Corte IDH, *Cinco Pensionistas v. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C Núm. 98; Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros v. Panamá*, Competencia, Sentencia de 28 de noviembre de 2003, Serie C Núm. 104, párr. 79.

³¹ Véase, por ejemplo, González, Carmen, “Institutionalizing Inequality: The WTO Agreement on Agriculture, Food Security, and Developing Countries”, *Columbia Journal of Environmental Law*, vol. 27, 2002, p. 433; González, Carmen, “Trade Liberalization, Food Security and the Environment: The Neoliberal Threat to Sustainable Rural Development”, *Transnational Law and Contemporary Problems*, vol. 14, 2004, p. 419; González, Carmen, “An Environmental Justice Critique of Comparative Advantage: Indigenous Peoples, Trade Policy, and the Mexican Neoliberal Economic Reforms”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 32, 2011, p. 723.

B. Inaplicación de la norma de derechos humanos

En este supuesto, la decisión adoptada en el marco del DEI declara —expresa o tácitamente— que los mandatos de derechos humanos no se aplican a la resolución del diferendo. Lo hace expresamente cuando —en caso de conflicto entre la cláusula del tratado de derechos humanos y la del instrumento del DEI— se desplaza a la primera y se sigue la segunda. Ocurre tácitamente cuando —al momento de solucionar la disputa— el órgano decisor se niega a analizar las defensas estatales fundadas en esas reglas por negar su calidad de derecho aplicable. En materia de inversiones ello ocurrió, por ejemplo, en los casos *Bivwater*³² y *Santa Elena*.³³ Lo mismo sucede si se afirma dogmáticamente —sin mayores precisiones— la inexistencia de conflicto normativo en el caso, como sucedió en *Azurix*³⁴ y *Suez*.³⁵

C. Invalidez de la medida de protección de los derechos humanos

En esta hipótesis, se estima ilícita (violatoria del AII o del derecho de la OMC) una medida estatal dictada en cumplimiento del deber de protección impuesto por los tratados de derechos humanos. Ello puede suceder, por ejemplo, si una medida regulatoria orientada razonable y fehacientemente hacia esa protección es declarada arbitraria, abusiva, infundada o discriminatoria.³⁶

En este rubro se pueden ubicar los casos arbitrales en los cuales se condenó a Argentina por las medidas extraordinarias dictadas en virtud de la profunda crisis económico-social padecida por ese país durante el periodo

³² *Bivwater Gauff v. Tanzania* (Caso CIADI Núm. ARB/05/22).

³³ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Costa Rica* (Caso CIADI Núm. ARB/96/1).

³⁴ *Azurix Corp. v. Argentina*, Caso CIADI Núm. ARB/01/12, laudo de 14 julio de 2006, párr. 361.

³⁵ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentina* (Caso CIADI Núm. ARB/03/19), párr. 262; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. Argentina* (Caso CIADI Núm. ARB/03/17), párr. 240.

³⁶ Bajo las reglas del TLCAN, los inversores han desafiado reiteradamente regulaciones sociales y ambientales, poniendo en evidencia la tensión entre los diferentes subsistemas. Véase entre otros *Ethyl Corporation v. Canadá* (UNCITRAL, Decisión sobre Jurisdicción, 24 de junio de 1998) relacionado con la prohibición de una sustancia por sus efectos cancerígenos y *Metalclad Corporation v. México* (Caso CIADI Núm. ARB(AF)/97/1), en el cual se cuestionaba la negación de un permiso para la instalación de un depósito de residuos. Véase también Spears, Suzanne, “The Quest for Policy Space in a New Generation of International Investment Agreements”, *Journal of International Economic Law*, vol. 13, 2010, pp. 1037-1075.

2001-2005, que estaban destinadas a garantizar la accesibilidad económica de ciertos servicios públicos básicos.³⁷

En esos laudos se resolvieron las demandas contra la República Argentina presentadas en el CIADI por titulares de empresas prestadoras de servicios públicos privatizadas, como resultado de la variación de las condiciones contractuales de esas privatizaciones luego de la crisis de los años 2001-2002 en ese país. En el contexto de dicha crisis, y tras la devaluación de la moneda local en el año 2002, las empresas prestadoras pretendieron mantener el valor de sus tarifas en dólares, lo cual implicaba cuadruplicar su costo para el usuario. La negativa del Estado argentino a esa exigencia hizo que varias empresas denunciaran que se había producido una expropiación indirecta de su inversión. El Estado se defendió alegando que las medidas habían respondido a un estado de necesidad que las justificaba. Esta clásica defensa en el marco de la responsabilidad internacional del Estado fue analizada por los árbitros con notable rigurosidad, dejando sin salida al país para enfrentar la crisis. De acuerdo a varios laudos, Argentina no podía invocar un estado de necesidad, pues o bien había contribuido en alguna medida a la crisis o bien existían otras alternativas para superarla. Consecuentemente, para estos paneles el gobierno debió mantener las tarifas en dólares, impidiendo el acceso al servicio a millones de personas,³⁸ lo cual ciertamente no era compatible con las obligaciones del Estado en materia de DESC.

Lo mismo ocurre con frecuencia en relación a la minería. Por ejemplo, en *Bear Creek v. Perú*, surgió una disputa ante el CIADI iniciada por una empresa minera canadiense luego que el gobierno peruano dejara sin efecto una declaración de interés del proyecto minero Santa Ana, como resultado de la oposición de los pobladores locales. La empresa adujo haber

³⁷ Véase Alvarez, José y Khamsi, Kathryn, *The Argentine Crisis and Foreign Investors: A Glimpse into the Heart of the Investment*, International Law and Justice Working Papers 2008/5, 2008, disponible en: <http://www.iilj.org/publications/the-argentine-crisis-and-foreign-investors-a-glimpse-into-the-heart-of-the-investment-regime/>; Kurtz, Jürgen, *Adjudging the Exceptional at International Law: Security, Public Order and Financial Crisis*, Jean Monnet Working Paper Series 06/08, 2008, disponible en: <http://www.jeanmonnetprogram.org/paper/adjudging-the-exceptional-at-international-law-security-public-order-and-financial-crisis-2/>.

³⁸ Véase *inter alia*, *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, Caso CIADI Núm. ARB/01/8, laudo de 12 mayo de 2005, párrs. 329 y 331; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A. v. Argentina* (Caso CIADI Núm. ARB/03/19), párrs. 257-264 —ratificado recientemente en la Decisión Sobre Anulación del 5 de mayo de 2017—; *Enron Corporation Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina*, Caso CIADI Núm. ARB/01/3, laudo de 22 mayo de 2007, párr. 339; *Sempra Energy International v. Argentina*, Caso CIADI Núm. ARB/02/16, laudo de 28 septiembre de 2007, párr. 373; *El Paso Energy International Company v. Argentina*, Caso CIADI Núm. ARB/03/15, laudo de 31 octubre de 2011, párr. 656.

sufrido una expropiación de su inversión y reclamó 550 millones de USD en reparaciones.³⁹

A nivel OMC, el caso de la excepción de “acumulación de existencias” en relación con el ADPIC es claramente calificable como una hipótesis de incompatibilidad directa entre el deber de protección del derecho a la salud y los compromisos comerciales. Puede ocurrir también que el laudo interprete los términos del AII o del derecho de la OMC ignorando y contradiciendo los mandatos impuestos por los instrumentos de derechos humanos, aplicando sus conceptos jurídicos indeterminados (por ejemplo, trato justo y equitativo) de modo incompatible con las directivas de aquéllos.

Ello sucede, por ejemplo, si se decide que no resulta originariamente exigible al prestador de un servicio público —como el de suministro de agua potable— garantizar su continuidad o salubridad aun sin disposición expresa, y que esa exigencia “ulterior” es indemnizable sin atenuantes. También ocurre cuando se establece que no es exigible a un inversor asegurar la eficacia de los medicamentos que produce o la seguridad de las obras que construye; o la no contaminación excesiva, el pago de salarios dignos u otorgamiento de beneficios de seguridad social a los trabajadores, la imposibilidad de recurrir a mano de obra infantil, el respeto de derechos de inmigrantes indocumentados o la prohibición de discriminación por razón de raza, sexo, religión o inclinaciones políticas, entre otros aspectos. Otro escenario sería cuando se declara que se debe indemnizar a los inversores, en una extensión que no contemple los intereses convencionales comprometidos, teniendo en cuenta la accesibilidad al servicio⁴⁰ o producto⁴¹ por parte de ciertos grupos vulnerables.

Todas esas obligaciones convencionales —*erga omnes*— no pueden ser sencillamente ignoradas por el inversor porque ya han sido declaradas en los tratados de derechos humanos y, por ende, su implementación no implica un cambio de reglas de juego indemnizable. La interpretación contraria denotaría que el inversor tiene asegurada la facultad de no respetar los derechos humanos, solución no admisible.

³⁹ *Bear Creek Mining Corporation v. Perú* (Caso CIADI Núm. ARB/14/21). Finalmente, el panel arbitral condenó a Perú a indemnizar a la compañía por un monto total de 20 millones de USD (*Bear Creek Mining Corporation v. República del Perú*, Caso CIADI Núm. ARB/14/21, 30 de noviembre de 2017).

⁴⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General Núm. 15, El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto)*, E/C.12/2002/11, 20 de enero de 2003.

⁴¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General Núm. 12, El derecho a alimentación adecuada (artículo 11 del Pacto)*, E/C.12/1999/5, 12 de mayo de 1999.

De esa forma, si un laudo declara como expropiación indirecta a una medida estatal que reglamenta razonablemente el ejercicio de la actividad del inversor con el fin de proteger un derecho convencional, por ejemplo fijando estándares de conducta generalmente admitidos en el plano global en materia laboral o ambiental, incurriría en este supuesto de incompatibilidad.

2. *Incompatibilidad indirecta*

En el segundo supuesto, la colisión ya no deriva *per se* del contenido de la decisión proveniente del DEI, sino de su conjunción con factores externos, fundamentalmente la capacidad presupuestaria del Estado para sufragar el cumplimiento de sus deberes en materia de derechos humanos.

Puede acaecer que la resolución soslaye el necesario sentido convencional de una medida estatal e induzca en el Estado un comportamiento incompatible con el deber de protección. Ello ocurre si la decisión de los árbitros o del OSD, aun cuando reconozca la validez de la medida estatal, impone una carga desproporcionada al Estado en virtud de patrones reparatorios que desconocen la presencia de esos intereses en la disputa en cuestión. Lo mismo sucede de permitirse la adopción de represalias en un ámbito económico diferente al ámbito económico en el que el incumplimiento ocurrió, pues ello es especialmente gravoso para los países con economías primarizadas que no tienen sus exportaciones diversificadas.

Desde esa perspectiva, cuando la interpretación del DEI se traduce —a través de una condena que habilita un reclamo indemnizatorio o una represalia— en un costo económico, social o presupuestario que compromete la capacidad estatal para cumplir con sus obligaciones en materia de derechos convencionales —sean éstos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales— el país queda sumido en una disyuntiva que la premisa de jurisdicción del derecho internacional debería desalentar: incumplir el DEI —y exponerse a condenas por ello— o hacer lo mismo con los pactos y arriesgarse a similar desenlace. El ordenamiento internacional, visto como un todo, no debería demandar a los Estados que se ubiquen en escenarios de infracción a sus diferentes deberes que distan de ser hipotéticos, al menos en países en los que actualmente puede constatar una clara deuda —cuantificable monetariamente— en la cobertura mínima de acceso a ciertos derechos.⁴²

⁴² UNDP, *What Will It Take to Achieve the Millennium Development Goals? – An International Assessment*, Nueva York, UNDP, 2010.

Ahora bien, el Estado debe demostrar de modo fehaciente que aquella medida que se traduce en la limitación material de los derechos del inversor o en un incumplimiento de sus compromisos comerciales tiene por objeto cumplir adecuada, necesaria y proporcionalmente⁴³ con el deber de protección de algún derecho convencional de titulares identificables individual o grupalmente. En otros términos, debe probar que el objeto tangible y viable de la medida es abandonar su rol de infractor en ese campo y respecto a esas personas. No alcanza con invocar conceptos como el bien común o el interés general ni tampoco ampararse en el mero cambio de estrategias gubernamentales o de orientación del gasto público, si no se acredita que esas decisiones vienen exigidas jurídicamente por las convenciones. Por ejemplo, el Estado deberá probar que la decisión constituye el único modo⁴⁴ de satisfacer las obligaciones básicas inderogables del PIDESC (acceso a niveles esenciales de cada derecho y no discriminación) o el mandato de progresividad y sus presupuestos (destino del máximo de recursos disponibles y no regresividad) contenido en ese instrumento.

Cuando se demuestra que la medida materializa —bajo el *test* de proporcionalidad— ese deber de cumplimiento y que la medida del DEI compromete su viabilidad en un escenario de claro déficit de protección y ausencia de recursos, nos encontraremos ante una hipótesis indirecta de colisión que debe neutralizarse para no someter al sistema internacional a tensiones irreconciliables. No cabe aquí aducir la fungibilidad de los recursos fiscales para negar la posibilidad de incompatibilidad entre la decisión del DEI y los deberes convencionales. Esa fungibilidad funciona, naturalmente, en un escenario de disponibilidad de recursos, y por ende se termina cuando el presupuesto global del Estado no permite pagar los laudos derivados de la interpretación del AII y cumplir mínimamente los mandatos convencionales, o afrontar los costos sociales y económicos de una represalia comercial. Es evidente que esos mandatos imponen erogaciones públicas cuantificables en forma precisa para cada derecho (por ejemplo, el porcentaje de recursos pre-

⁴³ Corte IDH, *Kimel v. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C Núm. 177, párr. 70 y ss.; Corte IDH, *Barreto Leiva v. Venezuela*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de noviembre de 2009, Serie C Núm. 206, párr. 55; Corte IDH, *Ricardo Canese v. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C Núm. 111, párr. 132; Comité de Derechos Humanos, *Observación General Núm. 27, Libertad de circulación - artículo 12-*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, 2 de noviembre de 1999, párrs. 14-16.

⁴⁴ Skogly, Sigrun, “The Requirement of Using the «Maximum of Available Resources» for Human Rights Realisation: A Question of Quality as Well as Quantity?”, *Human Rights Law Review*, vol. 12, núm. 3, 2012, p. 393.

supuestarios que demanda en un determinado país el cumplimiento de las obligaciones básicas en materia de derecho a la salud, vivienda o educación).⁴⁵

En estos supuestos de incompatibilidad indirecta, la mecánica de infracción de la Convención se establece mediante la síntesis de dos condiciones sucesivas: primero, una decisión del DEI que subestima la función convencional de una medida estatal, y segundo, el impacto económico y/o presupuestario negativo que dicha decisión genera en el caso concreto, que además se proyecta como mensaje hacia la acción estatal en su conjunto, impidiendo utilizar las herramientas regulatorias que ofrece la Convención para balancear adecuadamente la propiedad con otros derechos. Ello ocurre, al menos, en tres casos que se enuncian a continuación, desde el mayor nivel de intensidad en la colisión al menor, aspecto que incide en la carga y amplitud de la prueba sobre esa contradicción.

A. *Inhibición de medidas de protección inmediata* (niveles mínimos de acceso al derecho)

Si la decisión del DEI impide asegurar las obligaciones básicas en materia de derechos humanos, estaremos ante este supuesto, caracterizado por una mayor posibilidad estatal de probar la incompatibilidad.⁴⁶

Por ejemplo, en el marco del PIDESC, “corresponde a cada Estado parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos”.⁴⁷ En gran parte, la razón de ser de esta convención internacional se deriva de este aspecto.⁴⁸ Respecto a

⁴⁵ Relatora especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento, *Informe de la relatora especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento*, A/66/255, 3 de agosto de 2011, párr. 11.

⁴⁶ Moon, Gillian, “Fair in Form, But Discriminatory in Operation – WTO Law’s Discriminatory Effects on Human Rights in Developing Countries”, *Journal of International Economic Law*, vol. 14, núm. 3, 2011, pp. 553-592.

⁴⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General Núm. 3, La índole de las obligaciones de los Estados parte (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, E/1991/23, 14 de diciembre de 1990, párr. 10.

⁴⁸ “No todas las obligaciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales pueden calificarse como de realización progresiva. Algunas de ellas, como la obligación de adoptar medidas para permitir la realización de los derechos, la prohibición de discriminar y las obligaciones básicas mínimas son de efecto inmediato. Todos los derechos también pueden incluir aspectos que entraña la realización inmediata.”; Consejo Económico y Social, *Informe de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos sobre la aplicación de la normativa sobre los derechos económicos, sociales y culturales*, E/2009/90, 8 de junio de 2009, párr. 12.

este punto, se debe tener en cuenta que “para que cada Estado parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición con el fin de satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas”.⁴⁹

Por lo tanto, el Estado tiene el deber de demostrar inmediatamente que ha logrado garantizar el disfrute de niveles mínimos de cada derecho.⁵⁰ No es suficiente alegar que ha adoptado medidas que conducen a ello, sino que debe exponer resultados, y en caso de que invoque la imposibilidad material de lograrlo por falta de recursos tiene que acreditar que ha priorizado esa obligación al utilizar los que posee.

Pues bien, si la decisión en el campo de un AII o de la OMC impide —por su impacto económico o presupuestario— la ejecución de las medidas imprescindibles para cumplir con las obligaciones básicas en materia de DESC —o, igualmente, con otras vinculadas con derechos civiles y políticos— nos hallaremos ante esta hipótesis de incompatibilidad indirecta. Muestra de ello sería el supuesto de inobservancia de los claros mandatos que —en este tipo de obligaciones— detalla el Comité DESC en sus Observaciones Generales relativas a salud, agua y saneamiento, educación o previsión social, entre otras.⁵¹

B. Imposición de medidas regresivas

Ello ocurre cuando el impacto de la decisión del DEI obliga a retroceder en el nivel de protección de un derecho. Por ejemplo, cuando se ha alcanzado

⁴⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General Núm. 3...*, cit., párr. 10.

⁵⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General Núm. 15...*, cit., párr. 40.

⁵¹ *Ibidem*, párr. 12; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General Núm. 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto)*, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 12; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General Núm. 13, El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)*, E/C.12/1999/10, 8 de diciembre de 1999; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General Núm. 11, Planes de acción para la educación primaria (artículo 14 del Pacto)*, E/C.12/1999/4, 10 de mayo de 1999, párr. 11; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General Núm. 4, El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)*, E/1992/23, 13 de diciembre de 1991; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General Núm. 19, El derecho a la seguridad social (artículo 9 del Pacto)*, E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008.

un estándar determinado de cobertura en materia de salud, educación o similares y los efectos de la medida llevan a su reducción.

C. *Inhibición de medidas progresivas*

Paralelamente a la obligación de exponer los logros fundamentales —tales como la ausencia de discriminación y la garantía de niveles mínimos de disfrute de cada derecho— el artículo 2.1 del PIDESC obliga de manera inmediata a adoptar medidas que sirvan como un camino apropiado para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos establecidos en el pacto.⁵²

La implementación de dichas medidas es exigible sin dilaciones, pero —a diferencia de las obligaciones básicas, en las que se cumple con la obligación al garantizar la cobertura mínima, aun cuando dicha cobertura no sea plena— aquí el deber internacional se satisface introduciendo medidas tendientes a asegurar el pleno ejercicio de los derechos, aunque no ofrezcan resultados inmediatos. En la lógica del mencionado pacto, el goce mínimo de los derechos contenidos en el mismo es un logro actual, y el goce pleno un logro futuro que se deriva de las políticas actuales.

Cuando el DEI compromete —económica o presupuestariamente— la posibilidad de satisfacer ese mandato de logro progresivo de los DESC estaremos ante un nuevo caso de incompatibilidad indirecta.

V. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LAS DECISIONES DE LAS INSTITUCIONES DEL DEI. FUNDAMENTOS

La relación entre las normas del DEI y otras fuentes del derecho internacional es motivo de un intenso debate.⁵³ En aras de contribuir a esas discusiones, postulamos aquí que los órganos de aplicación de los tratados de derechos

⁵² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General Núm. 3...*, *cit.*, párr. 9.

⁵³ Sobre este debate, véase *inter alia* Bartels, Lorand, “Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings”, *Journal of World Trade*, vol. 35, núm. 3, 2001, pp. 499-519; Marceau, Gabrielle, “WTO Dispute Settlement...”, *cit.*; Pauwelyn, Joost, “The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?”, *American Journal of International Law*, vol. 95, 2001, pp. 535-578; Petersmann, Ernst-Ulrich, “The WTO Constitution and Human Rights”, *Journal of International Economic Law*, vol. 3, núm. 1, 2000, pp. 19-25; Alston, Philip, “Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann”, *European Journal of International Law*, vol. 13, 2002, pp. 815-844. Sobre la relación

humanos —tanto internos como supranacionales— tienen la potestad de controlar la convencionalidad de las decisiones adoptadas por los órganos del DEI —en este caso, por los paneles arbitrales y el OSD de la OMC— y actuar en consecuencia.

En caso de detectarse un conflicto entre los requerimientos de un pacto de derechos humanos y lo resuelto en un arbitraje de inversiones, tanto el país destinatario como terceros Estados deben abstenerse de aplicar el laudo.

Por su parte, en el supuesto en que la colisión se produzca entre un tratado de derechos humanos y una decisión del OSD de la OMC, debe ocurrir alguna de las siguientes dos cosas, teniendo en miras para ello el principio de subsidiariedad en la protección internacional de los derechos. En primer término, los propios órganos internos del Estado vencedor —en especial los tribunales, de oficio o a pedido de parte— deben requerir que ese Estado se abstenga de aplicar la decisión si ello deriva en la lesión de derechos humanos. Si ello no ocurre, cualquier Estado parte del tratado de derechos humanos cuya eficacia se encuentre en entredicho debería activar los mecanismos internacionales para requerir la cesación de los efectos de la medida de la OMC, formulando para ello las denuncias interestatales previstas en los sistemas universal y regionales de derechos humanos contra el o los Estados que la pongan en práctica.

El control de convencionalidad, esto es, la verificación de la compatibilidad de la práctica estatal —cualquiera sea su origen o forma— con las directivas de los tratados de derechos humanos,⁵⁴ constituye una derivación natural del tipo de obligaciones que ellos imponen. Esa labor de compati-

entre derechos humanos y AII, véase Bohoslavsky, Juan Pablo y Justo, Juan Bautista, “Compatibilizando derechos de los inversores extranjeros y derechos humanos...”, *cit.*

⁵⁴ El término “control de convencionalidad” fue acuñado por juez Sergio García Ramírez en sus votos en los casos Corte IDH, *Myrna Mack Chang v. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C Núm. 101, párrs. 26 y 27; Corte IDH, *Tibi v. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C Núm. 114, párr. 3 y Corte IDH, *Vargas Areco v. Paraguay*, 26 Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C Núm. 155, párrs. 6 y 12. La doctrina es adoptada en Corte IDH, *Almonacid Arellano y otros v. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C Núm. 154, párrs. 123-125 y reiterada, entre otros, en Corte IDH, *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C Núm. 158, párr. 128; Corte IDH, *La Cantuta v. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C Núm. 162, párr. 173; Corte IDH, *Cabrera García y Montiel Flores v. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C Núm. 220, párr. 225; Corte IDH, *Gelman v. Uruguay*, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C Núm. 221, párr. 193.

lización materializa el deber primario que pesa sobre los Estados de adoptar las medidas necesarias para asegurar el goce efectivo de los derechos respecto de las personas sometidas a su jurisdicción. Es por ello que la Corte Interamericana la ha erigido como un deber oficioso⁵⁵ y con efectos *erga omnes*⁵⁶ en cabeza de todos los órganos estatales.⁵⁷

Como podrá advertirse, en la postulación de la posibilidad de controlar la compatibilidad de las decisiones de los órganos del DEI con los derechos humanos —y de desplazar la exigibilidad de las primeras en caso de conflicto— subyace la afirmación de una primacía de los compromisos estatales en materia de derechos humanos sobre los relativos al comercio o las inversiones. La razón de esa primacía es simple: los derechos humanos expresan los fines del derecho internacional actual, mientras que las instituciones del DEI tienen la condición de medios. La marca del legado humanista del derecho internacional de posguerra es, precisamente, la preeminencia teleológica de los derechos humanos que da sentido a todo el sistema.⁵⁸ Creer que ese legado ha sido reemplazado por el consenso neoliberal de los noventa es lo que ha llevado a mantener una discusión algo artificiosa. Jurídica —y no solo moralmente— las personas son más importantes que los negocios, y ello se explicita en el carácter instrumental del vínculo entre DEI y derechos humanos.

1. *La estrategia del libre comercio no abroga el legado humanista de posguerra*

Los derechos humanos son, en primer lugar, un intento de respuesta frente a algunas de las grandes tragedias de la humanidad.⁵⁹ Las comunidades, a medida que aumentan sus niveles de bienestar global, van estableciendo ciertos pisos mínimos de convivencia y en la época actual esos pisos mínimos son los derechos humanos. Al reconocerlos, la comunidad internacional ha asumido que cada individuo, sin importar su raza, sexo, nacionalidad o

⁵⁵ Corte IDH, *Trabajadores Cesados del Congreso...*, *cit.*, párr. 128.

⁵⁶ Corte IDH, *Barrios Altos v. Perú*, Interpretación de la Sentencia de Fondo, Sentencia de 3 de septiembre de 2001, Serie C Núm. 83, párr. 18.

⁵⁷ Corte IDH, *Cabrera García y Montiel Flores...*, *cit.*, párr. 225; véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Conventionality Control. The New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights”, *American Journal of International Law, Symposium: The Constitutionalization of International Law in Latin America*, vol. 109, 2015, pp. 93-99.

⁵⁸ Sin un fin último todo proceso organizativo sería infinito; Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Madrid, Alianza Editorial, 2005, p. 14.

⁵⁹ Habermas, Jürgen, “The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights”, *Metaphilosophy*, vol. 41, núm. 4, 2010, pp. 464-480.

condición social, puede demandar el acceso a determinados estándares materiales e inmateriales de vida, así como la protección de ciertos intereses. Dicha comunidad internacional, en función de ello, se ha comprometido a no tolerar las prácticas que los vulneren. Los intereses protegidos no se identifican caprichosamente, sino que deben reunir dos condiciones: por un lado, son intereses que se consideran fundamentales para el desarrollo de cada persona y, por el otro, que la historia demuestra que están bajo amenaza.⁶⁰

De esta manera, los tratados de derechos humanos constituyen técnicas decididamente prácticas de organización social que responden a un consenso internacional que fue catalizado por las atrocidades de las dos grandes guerras,⁶¹ pero que se actualiza a diario debido a la persistencia y renovación de muchas violaciones. El acuerdo y la materialización de esos pisos mínimos de interacción entre las personas, comunidades y grupos se basa en una elección racional y juega un papel estratégico fundamental: asegurar condiciones básicas para que sea posible la convivencia pacífica y una resolución eficiente —sin excesivos costos— de las controversias. El sistema de protección universal de los derechos humanos asumió ese dato desde sus inicios: “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalie-

⁶⁰ La teoría política occidental moderna se asienta sobre dos ideas: a) todos tenemos ciertos derechos, y b) esos derechos están bajo amenaza. Para sortear esa amenaza debemos crear cierto tipo de instituciones políticas. El constitucionalismo es el resultado de esa estrategia. En una primera etapa, se recurrió a un constitucionalismo sujeto al Estado-Nación. Sin embargo, las insuficiencias de ese modelo para eliminar la amenaza llevaron a que esos contenidos fueran sustraídos del dominio doméstico y transferidos a la esfera internacional. No hay cambio en la sustancia, pero sí en las competencias, por eso hablamos ahora de constitucionalismo global. Véase Locke, John, *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, Buenos Aires, Losada, 2003, p. 13; Hobbes, Thomas, *Leviatán*, Buenos Aires, Losada, 2004, t. I, p. 129; véase también Henkin, Louis, “Human Rights and State «Sovereignty»”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 25, 1996, pp. 31 y 32; Justo, Juan Bautista, “La tragedia ambiental y la pieza que falta”, *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires, vol. 2, núm. 1, 2013, pp. 155-175; Justo, Juan Bautista, “El fin de la promesa constitucional”, *Revista Argentina de Justicia Constitucional*, núm. 4, 2017.

⁶¹ Véase, por ejemplo, Cohen, Benjamin, “Human Rights under the United Nations Charter”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 14, núm. 3, 1949, pp. 430-437; McDougal, Myres S. y Bebr, Gerhard, “Human Rights in the United Nations”, *The American Journal of International Law*, vol. 58, núm. 3, 1964, pp. 603-641; Mazower, Mark, “The Strange Triumph of Human Rights, 1933-1950”, *The Historical Journal*, vol. 47, núm. 2, 2004, p. 379; Hassan, Parvez, “The International Bill of Human Rights”, *Pakistan Horizon*, vol. 26, núm. 4, 1973, pp. 28-42; Chopra, Surendra, “Universal Declaration of Human Rights. A Study”, *The Indian Journal of Political Science*, vol. 20, núm. 4, 1959, pp. 371-378.

nables de todos los miembros de la familia humana”.⁶² Dicho de otro modo, si no reconocemos y ponemos en práctica estos derechos no habrá libertad ni justicia, y menos paz. Es por esa gravitación que los instrumentos jurídicos para su amparo han avanzado vertiginosamente en las últimas décadas.

En definitiva, los derechos humanos son técnicas que sirven para conseguir el objetivo de una convivencia pacífica. En la actualidad se entiende que ello se logra fijando un catálogo de pisos mínimos de interacción que se basan en tres necesidades: *i*) respetar los planes de vida de las personas evitando la interferencia mutua (privacidad, libertades de expresión, religión, comercio, contrato, debido proceso, DESC); *ii*) impedir que se establezcan sacrificios sin que los mismos redunden en beneficio del agente (supremacía de los derechos humanos), y *iii*) tratar a las personas de acuerdo a sus decisiones y no por su pertenencia a un determinado grupo (igualdad y no discriminación).⁶³

El reconocimiento y administración de estos pisos mínimos de convivencia ha pasado en Occidente por tres grandes fases: derechos naturales universales, derechos fundamentales a nivel nacional y derechos humanos universales.⁶⁴ La Segunda Guerra Mundial mostró que era necesario ingresar en una etapa en la cual los derechos de las personas no dependieran solamente de sus gobiernos, sino que contaran con el amparo de todos los países. Ese propósito se materializó en la consagración jurídica formal de los derechos humanos a nivel internacional (derechos positivos universales), es decir, como estándares compartidos y respaldados por todas las naciones.⁶⁵

Es precisamente por la trama histórica que enmarca su nacimiento que los pactos de derechos humanos presentan una serie de rasgos peculiares que los diferencian de los tratados tradicionales. Fundamentalmente, este tipo de convenciones establece un orden jurídico nuevo —y no simples obligaciones recíprocas— integrado por una serie de obligaciones que resultan exigibles a los Estados por parte de los demás Estados aún sin necesidad de probar la afectación de un nacional —de ahí su calificación de objetivas— y que deben ser aseguradas por una acción conjunta (garantía colectiva).⁶⁶

⁶² Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

⁶³ Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Astrea, 1989.

⁶⁴ Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.

⁶⁵ Teitel, Ruti, “Human Rights Genealogy”, *Fordham Law Review*, vol. 66, núm. 2, 1997, pp. 301-317.

⁶⁶ SSTEDH, *Irlanda v. Reino Unido*, 18 de enero de 1978, párr. 239; Corte IDH, “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (artículo 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982, párr. 24.

Al mismo tiempo, las obligaciones de derechos humanos se fundamentan en normas constitutivas y de fondo, por lo que expresan la adhesión a un sistema normativo y no un intercambio de derechos y deberes.⁶⁷

De tal modo, la firma de un tratado de esta índole no responde a una negociación bajo pautas de reciprocidad —a una transacción de intereses en competencia—, sino a la existencia de desafíos comunes —la defensa de ciertos intereses básicos— para cuya superación se recurre a la unidad. No hay, luego de la ratificación de un tratado de este tipo, zonas de actividad estatal exentas de esa red de compromisos y garantías. Una vez que el compromiso estatal se concreta —por medio de la ratificación—, el sistema mismo al que se somete el país “está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo”.⁶⁸

Los tratados de derechos humanos pasan, así, a constituir un orden jurídico que abarca todos los ámbitos de la actividad estatal, estén éstos vinculados al plano interno o a la firma y ejecución de otros tratados. Un Estado parte no puede celebrar un tratado que lo incapacite para cumplir con sus deberes establecidos en las convenciones sin incurrir en responsabilidad internacional por su inobservancia.⁶⁹ Si pretende mantenerse en las fronteras de los pactos debe dar cuenta de ellos no solo en el plano doméstico, sino también en sus relaciones internacionales. Esa vocación expansiva que caracteriza a los tratados de derechos humanos⁷⁰ obedece, en definitiva, a la necesidad de mantener la coherencia entre las leyes instrumentales y el sistema normativo más amplio en el cual ellas se insertan.

Contrastando con esos rasgos, el carácter instrumental de las normas del DEI se confirma en la naturaleza bilateral, contractual y separable de las obligaciones que generan,⁷¹ lo cual lleva a la ausencia de efectos *erga*

⁶⁷ Provost, Rene, “Reciprocity in Human Rights and Humanitarian Law”, *British Yearbook of International Law*, vol. 65, 1994, p. 386.

⁶⁸ Corte IDH, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta - artículos 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986, párr. 24.

⁶⁹ ECommHR, Decision n° 235/56, 10 de junio de 1958, Yearbook 2, p. 300; ECommHR, M. & Co., 9 de febrero de 1990; STEDH, *Pellegrini v. Italia*, 20 de julio de 2001, párr. 40.

⁷⁰ Véase Corte Internacional de Justicia, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Sentencia de 30 de noviembre de 2010, opinión separada del juez Cançado Trindade, párr. 85.

⁷¹ Pauwelyn, Joost, “A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature?”, *European Journal of International Law*, vol. 14, núm. 5, 2003, pp. 907-951.

omnes o de remedios colectivos, a la plena posibilidad de denuncia⁷² y al predominio de los componentes de los tratados clásicos.

Que las convenciones de derechos humanos fueron instituidas para alcanzar los fines últimos del derecho internacional de posguerra se comprueba también desde los registros históricos.⁷³ La firma de la Carta de las Naciones Unidas (ONU), máxima expresión jurídica de los nuevos objetivos, cristalizó el compromiso de la comunidad internacional con la paz y los derechos humanos. Dando cuenta de su importancia para la etapa que comenzaba, la Carta se refiere a los derechos humanos en siete ocasiones (Preámbulo y artículos 1, 13, 55, 62, 68 y 76)⁷⁴ y encomienda la determinación de sus alcances a uno de los órganos de la nascente organización —la Comisión de Derechos Humanos.⁷⁵ Ese mandato se concretaría en el hito más importante del derecho internacional de posguerra, que es la sanción de la Declaración Universal de Derechos Humanos.⁷⁶

Pues bien, en los noventa el mundo entendió que los propósitos humanistas del derecho internacional serían alcanzados mejor mediante la libre circulación de bienes y capitales, pero no convirtió a esas estrategias en fines en sí mismos. Por el contrario, desde los propios tratados en la materia se reafirma el rango instrumental de esos mecanismos.

Por un lado, según se lee en el preámbulo del Acuerdo de Marrakech, la OMC fue creada con el propósito de “elevar los niveles de vida”, “lograr el pleno empleo”, “acrecentar la producción y el comercio de bienes y servicios” y permitir “la utilización óptima de los recursos mundiales”, todo ello “de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible”.⁷⁷

⁷² Corte Internacional de Justicia, *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (Opinión Consultiva), I.C.J. Reports, 1951, p. 15; Comité de Derechos Humanos, *Observación General n° 24, Cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto*, HRI/GEN/1/Rev.7, 1994.

⁷³ Henkin, Louis, “The Universality of the Concept of Human Rights”, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 506, 1989, pp. 10-16.

⁷⁴ McDougal, Myres S. y Leighton, Gertrude C. K., “The Rights of Man in the World Community: Constitutional Illusions versus Rational Action”, *Yale Law School Faculty Scholarship Series*, 1949, disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/jss_papers/2482.

⁷⁵ Charvet, John y Nay, Elisa Kaczynska, *The Liberal Project and Human Rights. The Theory and Practice of a New World Order*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

⁷⁶ Shelton, Dinah, *An Introduction to the History of International Human Rights Law*, Strasbourg, International Institute of Human Rights, 2003.

⁷⁷ Véase al respecto Grosse Ruse-Khan, Henning, *The (Non) Use of Treaty Object and Purpose in Intellectual Property Disputes in the WTO*, Max Planck Institute for Intellectual Property & Competition Law Research Paper núm. 11-15, 2011, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1939859>.

La nueva institución nace, precisamente, para “contribuir al logro de estos objetivos mediante la celebración de acuerdos encaminados a obtener, sobre la base de la reciprocidad y de mutuas ventajas, la reducción sustancial de los aranceles aduaneros y de los demás obstáculos al comercio, así como la eliminación del trato discriminatorio en las relaciones comerciales internacionales”.⁷⁸ Dicho de otro modo, la OMC fue creada para *contribuir* al desarrollo sostenible y el incremento global de los niveles de vida *mediante* una estrategia concreta: el fomento del libre comercio.

Esa génesis instrumental ha sido reconocida por el propio Órgano de Apelación de la organización, para quien “[e]l preámbulo del Acuerdo sobre la OMC —que informa no solo al GATT de 1994 sino también a todos los demás acuerdos que incluye— reconoce explícitamente el objetivo de un desarrollo sostenible”.⁷⁹ Claro está que esos propósitos fijados en el preámbulo son principios informadores del sistema de comercio multilateral y que, en consecuencia, deben guiar sus prácticas institucionales.⁸⁰

A su vez, la meta de los AII es fomentar el flujo mundial de inversiones, también como otra forma de alcanzar el desarrollo sostenible.⁸¹ Por ejemplo, el preámbulo del Convenio CIADI tiene explicitado como primer objetivo la generación de desarrollo económico y —desde la concepción que lo informa— se entiende que las inversiones extranjeras son el instrumento adecuado para el logro de dicho propósito.⁸²

Como vemos, los dos sistemas del DEI tienen el mismo objetivo: promover el desarrollo sostenible a nivel mundial a través de un trato homogéneo que asegure la libre circulación de bienes, servicios e inversiones. En ambos casos se protege a los exportadores de mercancías y capitales contra conductas discriminatorias, pues se entiende que ellos son el motor del desarrollo que permitirá elevar los niveles de vida. Todos esos logros no

⁷⁸ Preámbulo del Acuerdo de Marrakech. Véase también Moon, Gillian, “The WTO-Minus Strategy: Development and Human Rights Under WTO Law”, *Human Rights & International Legal Discourse*, vol. 2, núm. 1, 2008.

⁷⁹ OMC, *Estados Unidos – Camarones*, Órgano de Apelación, DS58/AB/R, 12 de octubre de 1998, párr. 129.

⁸⁰ Oliveira, Barbara, “The Relation between WTO Law and Public International Law: The Applicable Law in Dispute Settlement at the WTO”, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=903052>.

⁸¹ Schill, Stephan y Djanic, Vladislav, *International Investment Law and Community Interests*, Society of International Economic Law (SIEL), Fifth Biennial Global Conference, Working Paper n° 2016/01, 2016; véase asimismo el capítulo de Stephan W. Schill y Vladislav Djanic en este volumen.

⁸² Di Mascio, Nicholas y Pauwelyn, Joost, “Non-Discrimination in Trade...”, *cit.*

son fines en sí mismos, sino medios para alcanzar los propósitos del derecho internacional de posguerra.⁸³

2. *La traducción jurídica del legado humanista en el régimen de Naciones Unidas*

Como podrá notarse, que los derechos humanos sean fines y las instituciones del DEI medios trae aparejada una prioridad de los primeros en términos lógicos. Los medios no pueden prevalecer sobre los fines, sino que deben adecuarse a ellos.⁸⁴ Es por eso que debe chequearse la compatibilidad de los medios con los fines, mediante el control de convencionalidad.

Sin embargo, la primacía propuesta no se limita a esos aspectos. Ella cuenta también con sustento normativo explícito. Los orígenes históricos del DEI y de los derechos humanos, que —como vimos— dan cuenta de una relación instrumental entre esos subsistemas, se ven reflejados jurídicamente en el artículo 103 de la Carta de la ONU. Dicha norma establece la preeminencia de las obligaciones fijadas en ese instrumento fundacional por sobre las provenientes de otros tratados, al prescribir que: “En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”.⁸⁵

Dentro de esas obligaciones preeminentes, los artículos 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas incluyen la adopción de medidas para lograr “el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades”.⁸⁶ Dicho de otro modo, las obligaciones en materia de derechos humanos son de aquellas que, de

⁸³ Denkers, Jeroen y Jägers, Nicola, “The World Trade Organization and Human Rights: The Role of Principles of Good Governance”, 2011, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1844305>.

⁸⁴ El fin imperfecto (medio) se encuentra subordinado al fin que procuramos por sí mismo (fin perfecto); véase Aristóteles, *op. cit.*, p. 48. La misma idea subyace en el principio de proporcionalidad o en la regla interpretativa que veda la “frustración ritual del derecho”. Si el medio prevalece sobre el fin, deja de ser medio.

⁸⁵ Véase al respecto Liivoja, Rain, “The Scope of the Supremacy Clause of the United Nations Charter”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 57, núm. 3, 2008, pp. 583-612.

⁸⁶ Artículo 55 (c) de la Carta de las Naciones Unidas; véase al respecto Henkin, Louis, “The United Nations and Human Rights”, *International Organization*, vol. 19, núm. 3, 1965, pp. 504-517.

acuerdo al artículo 103 de dicha Carta, prevalecen sobre las originadas en otros acuerdos internacionales y ello es así porque —como ha postulado la Corte Internacional de Justicia— “la denegación de derechos humanos fundamentales constituye una violación flagrante de los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas”.⁸⁷

Este abordaje se confirma con el propio preámbulo de la Carta. Allí se enuncian en primer término los propósitos de “preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles”, “reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana” y “promover el progreso social”, para luego establecer los medios para alcanzar “tales finalidades”, que incluyen —entre otros— el empleo de “un mecanismo internacional para promover el progreso económico y social de todos los pueblos”. En este “mecanismo” podrían encuadrarse las herramientas del DEI que, en todo caso, deben ser leídas como parte de aquel “orden social e internacional en el que los derechos y libertades... se hagan plenamente efectivos”, a cuyo establecimiento tiene derecho cada persona según el artículo 28 de la Declaración Universal.⁸⁸

En definitiva, la construcción que vino a materializar jurídicamente el legado humanista es la siguiente: para alcanzar los altos propósitos que enmarcaron su nacimiento, la Carta estableció el respeto a los derechos humanos como obligación preeminente de los Estados y encomendó la definición de sus alcances a la Comisión de Derechos Humanos.⁸⁹ Esa labor reglamentaria dio lugar al nacimiento del *International Bill of Human Rights*, como cuerpo normativo que —conformando un todo inescindible con origen en la Carta—⁹⁰ expresa el conjunto de obligaciones de los miembros en materia de derechos humanos al cual el artículo 103 de dicha Carta confiere rango prioritario.⁹¹

⁸⁷ Corte Internacional de Justicia, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970) (Advisory Opinion)*, I.C.J. Reports 1971, p. 16, párr. 131; véase al respecto Schwelb, Egon, “The International Court of Justice and the Human Rights Clauses of the Charter”, *American Journal of International Law*, vol. 66, núm. 2, 1972, pp. 337-348.

⁸⁸ Véase Nayar, M. G. Kaladharan, “Human Rights and Economic Development: The Legal Foundations”, *Universal Human Rights*, vol. 2, núm. 3, 1980, pp. 55-81.

⁸⁹ Charvet, John y Nay, Elisa Kaczynska, *op. cit.*

⁹⁰ Nayar, M. G. Kaladharan, *op. cit.*

⁹¹ Allmand, Warren, *Trading in Human Rights: The Need for Human Rights Sensitivity at the World Trade Organization. A Brief to the House of Commons Standing Committee on Foreign Affairs & International Trade, Parliament of Canada*, International Centre for Human Rights and Democratic Development (Rights & Democracy), 1999.

Se insiste, la Declaración Universal y sus derivados constituyen la especificación de las obligaciones genéricamente establecidas con rango prevalente por los artículos 55, 56 y 103 de la Carta de ONU.⁹² Lejos de ser casual, esto expresa jurídicamente la primacía que todo el derecho internacional de posguerra asigna a la dignidad de las personas. La pretensión de tratar a los derechos humanos como una norma más en el concierto internacional es claramente artificial. No solo no refleja la historia ni el marco jurídico imperante, sino que pretende invisibilizar esos antecedentes para conferir a la doctrina del libre comercio un carácter constitucional y fundacional que claramente no tiene. Pretender que la ley de ventaja comparativa sea la única base legítima de funcionamiento del orden económico mundial evidencia una negación manifiesta del proceso evolutivo experimentado por el derecho internacional en los últimos setenta años.

Más aún, han sido los propios Estados quienes, en pleno apogeo neoliberal, reconocieron la primacía de sus obligaciones en materia de derechos humanos. Un año antes de la creación de la OMC, la Declaración y el Programa de Acción de Viena de 1993⁹³ —firmado por 171 Estados— ratifica que el efectivo disfrute de los derechos humanos es el fin último del derecho internacional y que ese propósito ha sido plasmado primero genéricamente en la Carta de la ONU —como fórmula constitucional— y luego específicamente en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En esa oportunidad, la comunidad internacional también ratificó “la aspiración de todos los pueblos a un orden internacional basado en los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas, en particular la promoción y el fomento de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos y el respeto del principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, en condiciones de paz, democracia, justicia, igualdad, imperio de la ley, pluralismo, desarrollo, niveles de vida más elevados y solidaridad”.⁹⁴ Esos son los fines y valores que deben alcanzar por diferentes vías, entre las que cabe computar a las del DEI.⁹⁵

⁹² Sohn, Louis, “A Short History of United Nations Documents on Human Rights”, *18th Report of the Commission, Commission to Study the Organization of Peace*, 1968, pp. 71 y 72.

⁹³ Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, punto 4o.

⁹⁴ Declaración y Programa de Acción de Viena, preámbulo.

⁹⁵ A lo largo de la historia, los avances en materia de derechos humanos han condicionado al comercio internacional. La prohibición del comercio de esclavos es un ejemplo de ello; véase Aaronson, Susan, “Seeping in Slowly: How Human Rights Concerns are Penetrating the WTO”, *World Trade Review*, vol. 6, núm. 3, 2007, pp. 413-449. Los instrumentos comerciales terminan reflejando estándares de derechos humanos, porque los medios se van adaptando a las finalidades.

Como vemos, la primacía de los derechos humanos sigue siendo un pilar del derecho internacional contemporáneo. El control de convencionalidad es una de las vías para asegurarla.

VI. OPERATIVIDAD DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LAS DECISIONES DEL DEI

En caso que el órgano de aplicación del DEI omita recurrir a los mecanismos de armonización de los compromisos en juego, y ello derive en una decisión incompatible con los mandatos vigentes en materia de derechos humanos, la forma de remediar la situación es el ejercicio del control de convencionalidad. Ello se logra de dos maneras, según el tipo de medida.

1. *AII: Inaplicación de los laudos arbitrales*

En el caso de arbitrajes de inversiones, la adecuación de la actuación legislativa, administrativa y judicial a los requerimientos convencionales incluye la inhibición jurídica de los laudos que violen los pactos. Si se intenta ejecutar un laudo que se constata inconvencional, el juez doméstico, como órgano convencional interno, debe denegar su reconocimiento y ejecución, bajo pena de dar lugar a responsabilidad internacional del Estado. Final y subsidiariamente, el control lo podrán ejercer los órganos supranacionales correspondientes.⁹⁶

En efecto, la primera secuela fundamental de la conjugación entre la responsabilidad primaria de los Estados de garantizar el goce efectivo de los derechos convencionales y el consecuente rol suplementario que en pos de ella cumplen los órganos internacionales consiste en esa constatación de compatibilidad que cada estamento estatal debe efectuar entre las prácticas a su cargo y las reglas de los tratados. Solo frente a un Estado que practica a diario un cotejo entre las medidas locales y las disposiciones de los pactos se mantiene el papel de complementación asignado a la jurisdicción internacional.

Si los órganos nacionales omiten ese *test* y/o convalidan una medida lesiva de una garantía convencional, nos encontraremos ante un caso de responsabilidad que demandará la intervención de la autoridad supranacional y que se concretará en una condena a cesar en la violación, por medio de la remoción de cualquier obstáculo al goce del derecho afectado.

⁹⁶ Corte IDH, *Las Palmeras v. Colombia*, Fondo, Sentencia de 6 de diciembre de 2001, Serie C Núm. 90, párr. 33; TEDH, *Shamayev y otros v. Georgia y Rusia*, 12 de abril de 2005, párr. 500.

2. OMC: Inaplicación doméstica en sede del vencedor o denuncia interestatal ante medidas de retorsión

De acuerdo al Entendimiento sobre Solución de Diferencias, si el país objeto de la reclamación pierde la disputa, debe seguir las recomendaciones formuladas en el informe del Grupo Especial o del Órgano de Apelación. Si no cumple con ellas dentro del plazo que se le otorga, le queda la opción de entablar negociaciones con el país reclamante para acordar una compensación.

En caso de incumplimiento a las recomendaciones o de falta de acuerdo sobre la compensación debida al vencedor, el Entendimiento sobre Solución de Diferencias habilita la posibilidad de recurrir —previa autorización del OSD— a la suspensión temporal de concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados, hasta que se haya suprimido la medida declarada incompatible con el derecho de la organización.

En ese contexto procedimental, en caso que el país ganador recurra a la retorsión y ello derive en un escenario de incompatibilidad con las obligaciones consagradas en un tratado de derechos humanos, el control de convencionalidad se concretará en dos momentos sucesivos.

Como se mencionó anteriormente, las propias autoridades del Estado que gane la disputa —en particular los tribunales, ya sea de oficio o a petición de parte— son los que deberán exigir en primer lugar que su Estado no aplique la resolución de la OMC, si dicha aplicación conlleva una vulneración de los derechos humanos. En caso de que esto no ocurra, será cualquier Estado parte del tratado de derechos humanos cuya eficacia se vea afectada el que deberá poner en marcha los instrumentos internacionales de los que disponga, para de esta manera requerir que cesen los efectos perjudiciales de la decisión de la OMC. Para ello, podrá hacer uso de las denuncias interestatales que se encuentran previstas tanto en el sistema universal como en los sistemas regionales de derechos humanos.

El mecanismo de denuncias entre Estados se encuentra reconocido en prácticamente todos los tratados de derechos humanos.⁹⁷ Su existencia se explica por el carácter *erga omnes* de las obligaciones en materia de derechos

⁹⁷ Así ocurre con los artículos 41 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 10.1 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 11 y 22 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; 45 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 33 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; 12 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un Procedimiento de Comunicaciones y 29 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

humanos y el consiguiente compromiso de su *garantía colectiva*, en virtud de la cual todo Estado parte tiene un interés jurídico en que esos deberes sean respetados por los demás.⁹⁸ El procedimiento de denuncia interestatal permite que los órganos de aplicación —Comités o tribunales— investiguen la comunicación efectuada por un Estado parte contra otro por presuntas violaciones a los derechos consagrados en los pactos. Tanto el denunciante como el denunciado deben haber aceptado la competencia del órgano respectivo para el uso de esta vía.

En caso de resultar aplicable este procedimiento, cuando un Estado considere que la ejecución de una medida de la OMC constituye un incumplimiento a las disposiciones del pacto respectivo, deberá efectuar la comunicación correspondiente. En caso de falta de acuerdo entre los Estados, la cuestión podrá ser sometida al respectivo órgano de aplicación del tratado, quién procurará arribar a una solución amistosa o bien elaborar un informe sobre la cuestión.

VII. ALTERNATIVAS PARA EVITAR EL CONFLICTO ENTRE DERECHOS HUMANOS Y DEI

Reseñadas las diferentes hipótesis de conflicto y los fundamentos y modalidades del control de convencionalidad, cabe pensar en el modo de evitar que el cumplimiento de los mandatos emanados de los órganos del DEI conduzca a la frustración del objeto y propósito del tratado de derechos humanos. De acuerdo al principio de presunción de compatibilidad,⁹⁹ las reglas del DEI y de derechos humanos deben ser leídas de un modo armónico entre sí. Proponemos aquí dos vías para lograrlo.

1. *Las normas de derechos humanos ante la OMC. Interpretación armónica y excepciones generales*

Si bien el alcance de la operatividad de las normas de derechos humanos en el marco de los procesos de resolución de diferencias de la OMC es motivo de

⁹⁸ Comité de Derechos Humanos, *Observación General Núm. 31, La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004, párr. 4.

⁹⁹ Wisenius, Karin, *Conflicts of Norms and Jurisdictions between the WTO and MEAS including Case-Studies of CITES and the Kyoto Protocol*, Gothenburg, University of Gothenburg, 2009.

una larga controversia,¹⁰⁰ en general se acepta su valor al menos interpretativo al aplicar el derecho de la organización. Teniendo en miras el artículo 3.2 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias, el Órgano de Apelación ha sostenido que para clarificar la naturaleza de las obligaciones de los miembros debe recurrirse a las normas de la CVDT, pues el derecho de la OMC no debe ser leído “aislándolo clínicamente del derecho internacional público”.¹⁰¹

Esta relativa apertura debe ser, no obstante, acompañada con la otra disposición del artículo 3.2 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias, conforme la cual “[l]as recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados”. De ese modo, si la interpretación conforme a las normas de derechos humanos (muchas de ellas incluso previas a los acuerdos comerciales) condujera a ese aumento o reducción, la misma debería ser dejada de lado.

Entre otras pautas, la CVDT obliga a interpretar los tratados teniendo en cuenta “toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”.¹⁰² Por lo tanto, las principales normas de derechos humanos deberían ser incluidas como una forma relevante de derecho internacional aplicable a los Estados miembros de la OMC. Si bien los alcances de esa alternativa son motivo de controversia, podría decirse que tenemos aquí una herramienta relevante de armonización. Aun cuando no se admita que los tratados de derechos humanos son derecho aplicable en las controversias de la OMC, su contenido sí podría formar interpretaciones de los compromisos comerciales que no sean contrarios a sus objetivos.

Ahora bien, cuando la armonización no es factible y se concluye que ha existido una violación a los compromisos bajo el derecho de la OMC, las cláusulas de excepción general pueden ser el último recurso¹⁰³ para evitar

¹⁰⁰ Elliott, Richard, *Access to Medicines for All: WTO Rules, the Human Right to Health and the Hierarchy of International Law*, 2006, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2693384>.

¹⁰¹ OMC, *Estados Unidos – Gasolina*, Órgano de Apelación, WT/DS2/AB/R, 22 de abril de 1996, p. 17. Este estándar ha sido reiterado en OMC, *Japón – Bebidas alcohólicas II*, Órgano de Apelación, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4 de octubre de 1996, p. 13; OMC, *India – Patentes (Estados Unidos)*, WT/DS50/AB/R, 19 de diciembre de 1997, párr. 46; OMC, *Comunidad Europea – Equipo informático*, Órgano de Apelación, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, 5 de junio de 1998, párr. 85, entre otros.

¹⁰² Artículo 31.3.c. de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

¹⁰³ Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Las Cláusulas de Excepción General como medio para proteger los derechos humanos*, HR/PUB/05/5, 2005, disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/WorldTrade_sp.pdf.

que el conflicto acabe por consumarse.¹⁰⁴ Entre otros fines, estas disposiciones eximen a los miembros de sus obligaciones cuando la medida en cuestión resulte necesaria para proteger la moral y orden públicos, “la salud y la vida de las personas” o “para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos que no sean incompatibles con” los compromisos de la OMC, o bien aquellas “esenciales para la adquisición o reparto de productos de los que haya una [escasez] general o local”.¹⁰⁵

En general, existe consenso en que los planteamientos relativos a derechos humanos son encuadrables en al menos tres de las excepciones: moral pública,¹⁰⁶ orden público¹⁰⁷ y vida o salud humana.¹⁰⁸ No obstante, para que ello sea posible tres precisiones son importantes.

En primer lugar, existe cierto grado de deferencia¹⁰⁹ —o flexibilidad— de parte del OSD al momento de evaluar la decisión de un país de encuadrar sus medidas bajo esta categoría.¹¹⁰ Ello se advierte en la aceptación de tres criterios interpretativos para su ponderación: primero, el hecho de que las cláusulas tengan la naturaleza jurídica de excepciones a las normas generales de los acuerdos de la OMC no significa que ellas deban ser interpretadas de manera más restringida o estricta.¹¹¹ Segundo, si el significado del tratado es ambiguo, debe preferirse el sentido que “sea menos oneroso para la parte que contraiga la obligación” o que “entrañe menos restricciones generales para las partes”.¹¹² Tercero, los conceptos incluidos en las diferentes causales de excepción deben ser leídos desde un enfoque evolutivo.¹¹³

¹⁰⁴ Tres de los acuerdos de la OMC contienen estas cláusulas: artículo XX del GATT, artículo XIC del GATS y artículo XXIII del Acuerdo sobre Contratación Pública. El ADPIC también contiene una cláusula de excepción general relacionada con la concesión de patentes.

¹⁰⁵ Artículo XX del GATT.

¹⁰⁶ Howse, Robert *et al.*, “Pluralism in Practice: Moral Legislation and the Law of the WTO After Seal Products”, *George Washington International Law Review*, vol. 48, 2015, pp. 81-150.

¹⁰⁷ OMC, *Estados Unidos – Juegos de azar*, Órgano de Apelación, WT/DS285/AB/R, 7 de abril de 2005, párrs. 296 y 298.

¹⁰⁸ Powell, Stephen, “Small Steps: Ending Trade’s Splendid Isolation from Human Rights”, 2007, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1115837>.

¹⁰⁹ OMC, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, Órgano de Apelación, WT/DS332/AB/R, 3 de diciembre de 2007, párr. 210.

¹¹⁰ OMC, *Comunidades Europeas – Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas*, Órgano de Apelación, WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R, 22 de mayo de 2014, párr. 5.215.

¹¹¹ OMC, *Comunidades Europeas – Hormonas*, Órgano de Apelación, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, 16 de enero de 1998, párr. 104.

¹¹² *Ibidem*, párr. 165.

¹¹³ OMC, *Estados Unidos – Camarones...*, *cit.*, párr. 130.

Ahora bien, aun cuando exista esa flexibilidad, la habilitación de las medidas de excepción es “a reserva de que no se apliquen en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional”.¹¹⁴ Se busca, así, que el derecho de los miembros a valerse de las excepciones se ejerza de buena fe para proteger intereses considerados legítimos y no como medio para eludir sus obligaciones para con sus pares.¹¹⁵ Es fundamental, por lo tanto, verificar que exista un vínculo suficiente entre la medida y el interés que procura tutelar, para lo cual hay que determinar si la medida es “necesaria” para protegerlo.

Inicialmente, bajo el GATT se adoptó un umbral alto para evaluar la necesidad de la medida, postulándose que debía ser la única alternativa a disposición del Estado para el logro del fin propuesto.¹¹⁶ Este abordaje ha sido flexibilizado bajo la OMC, precisándose que el alcance de lo “necesario”, no se limita a lo que es “indispensable” o “inevitable”. De acuerdo al enfoque actual, una medida que no es “indispensable” puede, no obstante, ser “necesaria” y por lo tanto justificada. Para determinarlo debe ponderarse cómo ella contribuye a lograr el fin perseguido por la regulación de que se trate, la importancia de los intereses o valores comunes que ella procura proteger y su repercusión en las importaciones o exportaciones.¹¹⁷

2. *Acuerdos Internacionales sobre Inversión y deber de protección de los derechos humanos*

En el marco de los AII, la primera vía para evitar conflictos es interpretativa. Cuando se analiza una medida estatal que afecta a un inversor corresponde que el panel arbitral verifique si ella se encuentra encaminada a cumplir con el deber de protección de los derechos humanos que pesa sobre las autoridades públicas.¹¹⁸ De acuerdo a él, el Estado no solo debe observar por sí mismo

¹¹⁴ Artículo XX del GATT; véase al respecto Roos, Oscar, “Exploring the Linkage between WTO Dispute Resolution and International Human Rights Law”, *Currents: International Trade Law Journal*, vol. 19, núm. 2, 2011, pp. 11-23.

¹¹⁵ OMC, *Brasil – Neumáticos recauchutados...*, cit., párr. 215; *Estados Unidos – Juegos de azar...*, cit., párr. 339.

¹¹⁶ GATT, *Tailandia – Cigarrillos*, DS10/R - 37S/200, Reporte del Panel, 7 de noviembre de 1990, párr. 75.

¹¹⁷ OMC, *Corea – Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, Órgano de Apelación, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, 11 de diciembre de 2000, párrs. 161-164; OMC, *Comunidad Europea – Amianto*, Órgano de Apelación, WT/DS135/AB/R, 12 de marzo de 2001, párr. 174.

¹¹⁸ Dos muestras del enfoque propuesto se observan en los recientes laudos recaídos en los casos *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos v. República Oriental*

las reglas de los pactos respecto de sus habitantes, sino que también tiene a cargo asegurar que los particulares hagan lo mismo en sus relaciones privadas.¹¹⁹

El abordaje de las medidas regulatorias desde la perspectiva del deber de protección permite lograr el objetivo de armonización. Ello es así debido a que ese deber sirve tanto de *justificación* como de *límite* de la medida regulatoria. Si se verifica que esta no perseguía ese objetivo de un modo necesario, adecuado y proporcional, el inversor podrá dar cuenta de un incumplimiento a los parámetros del AII. Por el contrario, cuando esos extremos se encuentren presentes, la consistencia del sistema de tutela de la inversión con el pacto de derechos humanos demandará el respaldo de la actuación estatal. El análisis desde el deber de protección tutela tanto al Estado —para defender sus decisiones al amparo del cumplimiento de una obligación internacional— como al inversor —para desarticular supuestos de desviación de poder, persecución o discriminación.

En definitiva, las diferentes variables del deber estatal de protección de intereses fundamentales de naturaleza no comercial tienen recepción en las normas de comercio e inversiones, por lo que constituyen herramientas sumamente útiles, operativas y vinculantes para que los órganos que resuelven controversias en esos campos logren el objetivo de la armonización.

VIII. CONCLUSIONES

Los tratados de derechos humanos encarnan los fines del derecho internacional alumbrado en la segunda mitad del siglo XX. Las instituciones del DEI son una de las vías para alcanzar esos cometidos. Siendo ello así, existe una relación instrumental entre ambos regímenes.

Sin embargo, la fragmentación normativa e interpretativa del derecho internacional posibilita que ocurran situaciones de conflicto entre los diferentes subsistemas. Para evitar ese punto de conflicto, los órganos de aplicación de los diferentes tratados (sea en el ámbito de comercio, inversiones extranjeras o derechos humanos) deben recurrir a las diferentes vías de armonización que cada régimen ofrece.

del Uruguay, Caso CIADI n° ARB/10/7, laudo de 6 julio 2016, párrs. 306, 307, 391, 418, 420 y 432 y *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentina*, Caso CIADI n° ARB/07/26, laudo de 8 diciembre de 2016, párr. 1193 y ss.

¹¹⁹ Véase Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations «Protect, Respect and Remedy» Framework*, A/HRC/17/31, 2011.

De manera subsidiaria, si dicha armonización no se concreta, debe ponerse en marcha el mecanismo de control de convencionalidad a cargo de los órganos internos y, si es necesario, supranacionales, a fin de asegurar que los derechos humanos no sean marginalizados en las decisiones que juzgan la legalidad de las regulaciones en materia de comercio e inversiones extranjeras directas.¹²⁰ En el caso de los arbitrajes de inversiones, ese control de convencionalidad se materializa en la negativa de los órganos domésticos a cumplir el laudo. En el campo de la OMC, ello se hace efectivo primero en la orden interna de abstención de ejecución de la medida en el propio dominio interno del ganador. En caso de fallar esta vía inicial, resta la posibilidad de formulación de denuncias contra el Estado que pretenda poner en práctica decisiones incompatibles con los tratados de derechos humanos.

La discusión planteada en este capítulo no se agota en aquellas dos áreas del DEI, sino que podría ser relevante también en otros ámbitos de disputas entre intereses económicos y derechos humanos. Uno de ellos es el de las obligaciones financieras de los Estados. ¿Cuál es, por ejemplo, la extensión del principio de *pacta sunt servanda* cuando un fondo buitre demanda a un Estado deudor el pago de la deuda a valor nominal?¹²¹ Este es un interrogante legítimo en el contexto argentino.¹²² Sin dudas, el abordaje instrumental del DEI frente a los derechos humanos debería contribuir a la superación de éste y otros focos de controversia.

¹²⁰ Por último, dado lo controvertido del tema y sus profundas proyecciones para todos los países sometidos a la CADH, sería interesante explorar la posibilidad de requerir —por conducto de los sujetos legítimados— una opinión consultiva a la Corte Interamericana (artículo 64, CADH) tendiente a dilucidar las reglas aplicables a la interacción de los sistemas internacionales de derechos humanos y de DEI. Los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los órganos mencionados en el capítulo X de la Carta de la OEA son quienes podrían formular la consulta. En el proceso de consulta los organismos especializados en DEI podrían ser especialmente invitados o presentarse como *amicus curiae* a fin de contribuir en el proceso y crear así un diálogo fructífero. La misma estrategia podría explorarse con la Corte Internacional de Justicia en relación a los tratados universales.

¹²¹ Experto independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales, *Informe del experto independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales*, A/72/153, 17 de julio de 2017.

¹²² Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *El acuerdo con los holds out en Argentina hace más difícil la solución de las crisis de deuda, señalan expertos en derechos de la ONU*, comunicado de prensa de 8 de marzo de 2016, disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IEDebt/IEArgentina8Mar2016_sp.pdf.