

Matthias Herdegen (Alemania)*

El Estado de derecho y los desafíos de una economía globalizada

RESUMEN

El artículo analiza los retos que presentan la integración de mercados y la cooperación internacional económica para el ordenamiento constitucional del Estado democrático y social de derecho. Igualmente, discute los instrumentos para responder a estos desafíos. Temas centrales son la limitación de opciones políticas por compromisos internacionales y la posible erosión del principio democrático, un nuevo diseño de control parlamentario y la función de los derechos fundamentales en contexto con la cooperación internacional y la globalización económica.

Palabras clave: derecho constitucional, globalización, estado de derecho, cooperación económica internacional, cooperación internacional.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Artikel analysiert die Herausforderungen, die sich aus der Integration von Märkten und der internationalen wirtschaftlichen Zusammenarbeit für die verfassungsmäßige Ordnung des demokratischen und sozialen Rechtsstaats ergeben. Ferner erörtert er Möglichkeiten, diesen Herausforderungen gerecht zu werden. Zentrale Themen sind die Beschränkung der politischen Optionen aufgrund internationaler Verpflichtungen und die mögliche Erosion des Demokratieprinzips, eine Neuausrichtung der parlamentarischen Kontrolle sowie die Funktion der Grundrechte im Kontext der internationalen Kooperation und der globalisierten Wirtschaft.

Schlagwörter: Verfassungsrecht, Globalisierung, Rechtsstaat, Internationale wirtschaftliche Zusammenarbeit, Internationale Zusammenarbeit.

* Director del Instituto de Derecho Público y del Instituto de Derecho Internacional de la Universidad de Bonn. *Fellow*, Colegio Käte Hamburger “Derecho como Cultura”.

ABSTRACT

This paper analyzes the challenges faced by the constitutional system of the democratic and social State as a result of market integration and international economic cooperation. It also discusses the instruments needed to respond to those challenges. The main topics are the limitation of political options due to international commitments and the possible erosion of the democratic principle, a new design of parliamentary control and the role of fundamental rights in the context of international cooperation and economic globalization.

Keywords: Constitutional law, Globalization, Rule of law, International economic cooperation, International cooperation.

1. Los desafíos de una economía globalizada para el Estado de derecho

La liberalización del comercio internacional en mercancías y servicios, la integración de mercados de capital y la inversión extranjera brindan importantes oportunidades para un desarrollo económico sostenible. Por otro lado, esta globalización presenta todo un ramillete de desafíos o de antinomias constitucionales al Estado de derecho:

- La limitación a opciones políticas de naturaleza socioeconómica que afectan el comercio internacional (e. g., el cierre de mercados para productos genéticamente modificados) y medidas para proteger la industria nacional (e. g., el soporte de la industria aeronáutica, automotriz o industria de energía solar).
- La presencia de empresas multinacionales que pueden aprovechar la competencia entre sistemas regulatorios y sustraerse al control estatal.
- La integración de mercados de capital y la necesaria coordinación entre los Estados para una reglamentación financiera.
- La erosión de soberanía por mecanismos blandos de reglamentación internacional (e. g., acuerdos de los G-20, los reglamentos del Comité de Basilea sobre supervisión bancaria (acuerdos de Basilea)).
- La erosión del parlamentarismo por la cooperación internacional.
- La falta de previsibilidad de cargas financieras en el contexto de acuerdos internacionales.
- La evaporación de estándares sociales en la actividad de empresas multinacionales y en la de embarcaciones de banderas de conveniencia.
- El conflicto de mercancías audiovisuales y de servicios de comunicación (internet) con intereses públicos e individuales (contenidos difamatorios, xenófobos).
- La protección al medio ambiente en contextos transfronterizos.

- La protección a ciudadanos y empresas nacionales contra abusos de jurisdicción extranjera y solicitudes exorbitantes de asistencia judicial, con base en los derechos fundamentales (caso *Bertelsmann*).¹
- El acceso a sectores estratégicos para inversionistas extranjeros (e. g., puertos aéreos o navales).
- La protección a inversiones extranjeras, en contra de ciertos intereses públicos, o cambios radicales de política ambiental (vgr., el caso *Vattenfall vs. Alemania*).²
- El desplazamiento de la jurisdicción nacional hacia foros internacionales (ICSID, CIADI).

2. Importancia del derecho internacional económico para la cultura jurídica nacional

La visión usual, simplista, asocia el derecho internacional económico con el fomento de la eficiencia económica y la liberalización en aras de su propio beneficio. Este punto de vista hace ya tiempo que no se ajusta al rol del derecho internacional económico, toda vez que la contribución de sus normas a las estructuras del Estado de derecho ha ganado peso. Debemos concebir el ordenamiento jurídico como una unidad. En consecuencia, los principios de transparencia y de no arbitrariedad de la acción estatal, el principio de proporcionalidad frente a injerencias en las libertades económicas, la protección de la propiedad, la seguridad jurídica y la efectiva protección jurídica, no sólo protegen al inversionista extranjero y a los actores externos económicos, sino también a los propios ciudadanos de un Estado. En este sentido es determinante la eficacia que tienen los principios del ordenamiento del derecho internacional económico en el interior de los Estados, sobre la legislación, la administración y la jurisprudencia, y también sobre la situación jurídica del propio ciudadano.³

3. Exigencias pertinentes para el Estado de derecho en los acuerdos económicos

Las exigencias para la organización interna del Estado se describen, en primer término, con referencia a las estructuras del Estado de derecho. Esta interrelación se presenta, por

¹ Tribunal Federal Constitucional de Alemania, 2 BvR 1198/03, BVerfGE 108, 234.

² CIADI: *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG vs. Federal Republic of Germany* (II), caso n.º ARB/12/12.

³ Matthias Herdegen: "Die Bedeutung von Auslandsinvestitionen für die wirtschaftliche, soziale und kulturelle Entwicklung", en Rudolf Dolzer, Matthias Herdegen y Bernhard Vogel (eds.), *Auslandsinvestitionen*, Friburgo/Basilea/ Vienna: Herder, 2006, pp. 352 y ss., 359 y ss.

ejemplo, en el artículo 9, apartado 3 del Acuerdo de Cotonou⁴ entre la Unión Europea (Comunidad Europea) y sus miembros, por un lado, y los Estados de África, del Caribe y del Pacífico (ACP), por el otro:

En un entorno político e institucional respetuoso de los derechos humanos, de los principios democráticos y del Estado de Derecho, la buena gestión de los asuntos públicos se define como la gestión transparente y responsable de los recursos humanos, naturales, económicos y financieros y su compromiso con un desarrollo equitativo y sostenible. Esta incluye claros procedimientos de toma de decisiones por parte de las autoridades, instituciones transparentes y responsables, la primacía del derecho en la gestión y distribución de los recursos, y calificación profesional de capacidades para elaboración y aplicación de medidas destinadas en particular, a la prevención y la lucha contra la corrupción.⁵

No sólo los acuerdos preferenciales enfocados al desarrollo y las condiciones de crédito generan expectativas sobre las estructuras del Estado de derecho. Incluso el derecho moderno de protección a las inversiones incorpora en los tratados bilaterales y multilaterales, el respeto por las estructuras del Estado de derecho en la valoración de las inversiones protegidas. Esto rige tanto para las normas de “tratamiento justo y equitativo” (*fair and equitable treatment*), como para las llamadas “cláusulas de conformidad” en los acuerdos modernos de protección a la inversión, los cuales exigen el respeto por parte del inversionista, al ordenamiento jurídico del país de acogida o Estado anfitrión. Hay razones suficientes para pensar que el ordenamiento jurídico del Estado anfitrión también incluye sus obligaciones con relación a los tratados sobre derechos humanos. De esta manera, se resolvería la tensión entre los derechos humanos, como la protección a la propiedad de los pueblos nativos indígenas, por un lado, y la protección a la inversión extranjera, por el otro. Esto se refleja en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en lo concerniente a la explotación de recursos naturales.⁶

También afuera de Europa los tratados sobre desarrollo y cooperación económica siguen los estándares del Estado de derecho. Es así como los miembros del Tratado de la Comunidad de Desarrollo de África Austral (SADC)⁷ promueven los “Derechos Humanos, la democracia y ‘*rule of law*’” (Art. 4 *lit. c*). Según este criterio, el Tribunal de la SADC falló en el caso sobre la expropiación forzosa dirigida exclusivamente a los

⁴ Acuerdo de intercambio comercial y de asistencia firmado en junio 23 de 2000 entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por un lado, y los 78 Estados de África, del Caribe y del Pacífico, por el otro, en Cotonou, Benín. Reemplazó a la Convención de Lomé. BGBl. 2002 II, p. 325; ABL. EG 2000 L 317, p. 3.

⁵ *Acuerdo de Cotonou*, artículo 9, apartado 3.

⁶ Corte Interamericana de Justicia: *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, serie C, n.º 146, 2006.

⁷ Por sus siglas en inglés (Southern African Development Community), en español: Comunidad de Desarrollo de África Austral.

granjeros de raza blanca, los cuales se encontraban sin posibilidad de defensa judicial de sus derechos a causa de una reforma constitucional en Zimbabue. El Tribunal calificó este proceder como una discriminación en contra de los derechos humanos y como una violación al *rule of law*.⁸

Adicionalmente, el uso de presión ilícita a través de amenazas o abusos psíquicos o económicos es incompatible con el precepto de *fair and equitable treatment*. En este sentido, el Tribunal de Arbitramento del ICSID⁹ ha declarado nulo un acuerdo en el caso *Fall Desert Line Projects LLC vs. Republic of Yemen*, en el cual, el gobierno de Yemen forzó a un inversionista de Omán a reducir las pretensiones reconocidas en un laudo arbitral en firme,¹⁰ mediante presión y medidas extremas tales como detenciones arbitrarias del personal y amenazas (*financial and physical duress*).

En relación con el criterio de trato justo y equitativo (*fair and equitable treatment*), es evidente que la protección contractual al inversionista, de tiempo atrás, no sólo repercute en las estructuras de los países en desarrollo y en vía de desarrollo. También los países más industrializados experimentan ahora cómo su ordenamiento jurídico, al igual que su praxis judicial y administrativa, son revisados en relación con las pautas de los tratados de protección a la inversión.¹¹ Así se manifestó, con inequívoca claridad, un tribunal de arbitramento del NAFTA¹² en relación con el tratamiento injusto hacia un inversionista canadiense en un tribunal de un estado del sur de los Estados Unidos:

123. [...] [W]e take it to be the responsibility of the State under international law and, consequently, of the courts of a state, to provide a fair trial of a case to which a foreign investor is a party. It is the responsibility of the courts of a State to ensure that litigation is free from discrimination against a foreign litigant and that the foreign litigant should not become the victim of sectional or local prejudice. [...]

⁸ Tribunal de la SADC: *Mike Campbell vs. la República de Zimbabue*, ILM 48, 2009, pp. 530, 544 y 546.

⁹ Por sus siglas en inglés (International Centre for Settlement of Investments Disputes), en español: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

¹⁰ CIADI: *Desert Line Projects LLC vs. La República de Yemen*, caso n.º ARB/05/17, ILM 48, 2009, p. 82, párrafos 162 y ss.

¹¹ En 2009 el proveedor de energía sueco *Vattenfall* interpuso una demanda en contra de la República Federal de Alemania a causa de las restricciones onerosas para una planta de energía, las cuales infringirían las promesas hechas inicialmente y las expectativas legítimas del inversor. *Vattenfall* vio aquí una violación al Tratado sobre la Carta Europea de la Energía, en particular en contra del estándar del *fair and equitable treatment* (CIADI: *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG & Co. KG vs. Federal Republic of Germany*, caso n.º ARB/09/6); el pleito se resolvió en 2011 a través de un acuerdo. Hoy se encuentra pendiente ante un Tribunal de Arbitramento del CIADI la demanda de *Vattenfall* en contra de Alemania por la decisión de abandonar la energía nuclear. *Vattenfall* exige la indemnización de los perjuicios causados por el cierre de sus plantas de energía en Alemania (CIADI: *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG vs. Federal Republic of Germany* (II), caso n.º ARB/12/12).

¹² Por sus siglas en inglés (North American Free Trade Agreement), en español: Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).

137. [...] [T]he whoñooe trial and its resultant verdict were clearly improper and discreditable and cannot be squared with minimum standards of international law and fair and equitable treatment.¹³

La transparencia no tiene un sentido único, también obliga a los inversionistas extranjeros. En el caso de *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide vs. Republic of the Philippines*, Fraport, después de las declaraciones controvertidas en el tribunal de arbitramento, eludió deliberadamente las restricciones a la participación accionaria extranjera y, a través de acuerdos clandestinos, se apoderó del control del concesionario filipino. El tribunal de arbitramento negó, en consecuencia, la existencia de una inversión protegida en términos de tratado bilateral¹⁴ y subrayó al final las obligaciones recíprocas de transparencia entre el Estado anfitrión y el inversionista:

As for policy, BITs oblige governments to conduct their relations with foreign investors in a transparent fashion. Some reciprocal if not identical obligations lie on the foreign investor. One of those is the obligation to make the investment in accordance with the host state's law. It is arguable that even an investment which is not made in accordance with host state law may import economic value to the host state. But that is not the only goal of this sector of international law. Respect for the integrity of the law of the host state is also a critical part of development and a concern of international investment law. That said, the Tribunal's decision in this matter does not rest on policy. It is the language of the BIT which is dispositive and it is unequivocal in this matter.¹⁵

Aunque el laudo haya sido declarado nulo por razones de procedimiento, permanece vigente su contenido con respecto a la responsabilidad del inversionista. En estrecha relación con los principios del Estado de derecho se encuentra la prohibición de cohecho a funcionarios públicos. Esta prohibición conduce al desconocimiento de ciertos reclamos que se formulen a causa de la corrupción. Así lo ha destacado el Tribunal de Arbitramento del CIADI en el caso *World Duty Free Co. Ltd. vs. Kenya*:

In light of domestic laws and international conventions relating to corruption, and in light of the decisions taken in this matter by courts and arbitral tribunals, this Tribunal is convinced that bribery is contrary to the international public policy of most, if not all, States or, to use another formula, to transnational public policy.

¹³ CIADI: *Loewen Group Inc. & Raymond L. Loewen vs. United States of America*, caso n.º ARB (AF)/98/3, ILM 42, 2003, pp. 811 y ss.

¹⁴ CIADI: *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide vs. Republic of the Philippines*, caso n.º ARB/03/25, párrafos 300 y ss.

¹⁵ CIADI: *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide vs. Republic of the Philippines*, caso n.º ARB/03/25, párrafo 402.

Thus, claims based on contracts of corruption or on contracts obtained by corruption cannot be upheld by this Arbitral Tribunal.¹⁶

4. Limitaciones para opciones políticas democráticamente legitimadas

Los estándares del derecho económico internacional moderno limitan también las opciones democráticamente legitimadas. Los Estados ya no son libres en la configuración de sus propios ordenamientos jurídicos, toda vez que el derecho internacional económico establece límites. Esto es válido, no sólo para las intervenciones directas a la propiedad privada, sino también para todo tipo de medidas tendientes a la protección de intereses económicos del Estado, de la salud pública o del medio ambiente. El control de las importaciones de libros o de medios audiovisuales, la prohibición de la comercialización de piel de foca o de productos genéticamente modificados, las restricciones a la exportación de materia prima escasa o rara, la prohibición de seguir operando reactores atómicos, son todas ellas medidas susceptibles de ingresar a la pantalla del radar del derecho internacional económico, al igual que pueden propiciar controversias jurídicas ante tribunales de arbitramento u otros foros internacionales. Esto se aplica incluso para aquellas medidas que corresponden a la voluntad de la mayoría del pueblo y que están por tanto democráticamente legitimadas. Aquí se nos plantea la cuestión de hasta qué punto el derecho internacional económico debe tener en cuenta las preocupaciones legítimas de un Estado, incluyendo sus características particulares nacionales.

4.1. Protección de la inversión extranjera

El derecho internacional económico aporta elementos que son propicios al Estado de derecho. Esto es válido en particular para la protección contractual de la inversión, los contratos bilaterales especiales y los llamados *preferential trade agreements*.¹⁷ En particular, la protección contra expropiaciones y el estándar de “trato justo y equitativo” pueden competir con principios constitucionales y mecanismos de derecho nacional.

Un papel esencial desempeña también la protección de la confianza legítima y de la buena fe, la cual particularmente influye en el derecho internacional de protección a la inversión. Esta protección se encuentra expresada principalmente en la cláusula de garantía de un tratamiento equitativo de los inversionistas extranjeros (*fair and equitable treatment*). De esta manera, la protección a la confianza preserva las expectativas

¹⁶ CIADI: World Duty Free Co. Ltd. vs. Kenia, caso n.º ARB/00/7, ILM 46 (2007), p. 339, párrafo 157.

¹⁷ Comparar también Matthias Herdegen: *Internationales Wirtschaftsrecht* (9ª ed.), Munich: C. H. Beck, 2011, pp. 298 y ss.

legítimas generadas a partir de la actuación estatal contra una privación arbitraria en situaciones jurídicas consolidadas:

The foreign investor also expects the host State to act consistently. The investor also expects the State to use the legal instruments that govern the actions of the investor or the investment in conformity with the function usually assigned to such instruments, and not to deprive the investor of its investment without the required compensation. In fact, failure by the host State to comply with such pattern of conduct with respect to the foreign investor or its investments affects the investor's ability to measure the treatment and protection awarded by the host State and to determine whether the actions of the host State conform to the fair and equitable treatment principle.¹⁸

Ahora bien, en especial la garantía de un tratamiento equitativo de los inversionistas extranjeros (*fair and equitable treatment*)¹⁹ obliga a los Estados miembros de un tratado internacional a mantener un mínimo de seguridad jurídica, de protección de la confianza y de aplicación fiable del derecho a través de la administración pública.²⁰ La relación de un Estado con la protección a la inversión extranjera es un buen indicador para conocer la posición de un régimen con respecto a la propiedad privada y la seguridad jurídica en general.

Contra Alemania fue interpuesta una demanda ante un tribunal de arbitramento del ICSID (International Centre for the Settlement of Investment Disputes) por parte de un proveedor de energía de Suecia, *Vattenfall*, en la cual se remitía al Tratado sobre la Carta Europea de la Energía, en busca de indemnización por los perjuicios causados por el cambio radical de posición en materia de políticas energéticas en Alemania, las cuales significaron el cierre de plantas de energía nuclear.²¹ En este contexto hay doble compe-

¹⁸ CIADI: *Tecmed S. A. vs. The United Mexican States*, caso n.º ARB(AF)/00/2, ILM 43, 2004, pp. 133, Nr. 154.

¹⁹ Comparar también Rudolf Dolzer: "Fair and equitable treatment – A key standard in investment treaties", en *The International Lawyer*, n.º 39, 2005, pp. 87 y ss.; Matthias Herdegen: *Internationales Wirtschaftsrecht*, op. cit., pp. 307 y ss.; "Die Bedeutung von Auslandsinvestitionen für die wirtschaftliche, soziale und kulturelle Entwicklung", op. cit., pp. 358 y ss.

²⁰ Así lo expuso el Tribunal de Arbitramento del CIADI en el caso *Tecmed vs. Mexico*: "The foreign investor expects the host State to act in a consistent manner, free from ambiguity and totally transparently in its relations with the foreign investor, so that it may know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments" (ILM 43, 2004, p. 1333, párrafo 154).

²¹ En 2009 el proveedor de energía sueco *Vattenfall* interpuso una demanda en contra de la República Federal de Alemania a causa de las restricciones onerosas para una planta de energía, las cuales infringirían las promesas hechas inicialmente y las expectativas legítimas del inversionista. *Vattenfall* vio aquí una violación al Tratado sobre la Carta Europea de la Energía, en particular, en contra del estándar del "*fair and equitable treatment*", CIADI, *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG & Co. KG vs. Federal Republic of Germany*, caso n.º ARB/09/6; el pleito se resolvió en 2011 a través de un acuerdo. Actualmente se encuentra pendiente ante un Tribunal de Arbitramento del CIADI la demanda de *Vattenfall* en contra de Alemania. Después de la

tencia: a nivel del derecho sustantivo y a nivel jurisdiccional, con la protección a la propiedad y la confianza legítima por parte del Tribunal Constitucional. ¿Qué pasaría si los inversionistas alemanes reciben un trato menos favorable que el inversionista extranjero?

En un sentencia arbitral de 2012, en el caso *Railroad Development Corporations vs. Guatemala*, un tribunal arbitral del CIADI afirmó que el Gobierno de Guatemala, para terminar una concesión ferroviaria, no puede refugiarse bajo “el abrigo de rectitud formal” y alegar violaciones de derechos, cuando el mismo Gobierno las había conocido de tiempo atrás, beneficiándose además de ellas, sin tomar medidas para corregirlas.²²

234. In the circumstances of this case, the *lesivo* remedy has been used under a cloak of formal correctness allegedly in defense of the rule of law, in fact for exacting concessions unrelated to the finding of *lesivo*. Even if FEGUA’s actions with respect to Contract 41/143 and in allowing FVG to use the rail equipment were *ultra vires* (not “pursuant to domestic law”), which has not been convincingly established for the Tribunal, the Government should be precluded from raising violations of its own law as a defense when, for a substantial period of time it knowingly overlooked them, obtained benefits from them, and it had the power to correct them.

235. In the Tribunal’s view, the manner in which and the grounds on which Respondent applied the *lesivo* remedy in the circumstances of this case constituted a breach of the minimum standard of treatment in Article 10.5 of CAFTA by being, in the words of *Waste Management II*, “arbitrary, grossly unfair, [and] unjust.” In particular the Tribunal stresses the following facts, which taken together demonstrate the arbitrary, grossly unfair, and unjust nature of *lesivo* in this case, including by evidencing that *lesivo* was in breach of representations made by Guatemala upon which Claimant reasonably relied:

- a) the Government declared *lesivo* Contract 143/158 for the use of railway equipment for which FEGUA received rents without protest;
- b) that contract had been concluded at the initiative of FEGUA because the Government itself failed, for unknown reasons, to ratify Contract 41 after FVG had won it through public bidding;
- c) failure of Government ratification and lack of public bidding for the use under Contract 143/158 of the same equipment as under Contract 41, both under control of the Government, and which it had the power to remedy, were in part the justification to declare *lesivo* Contract 143/158;

decisión de abandonar la energía nuclear en Alemania, Vattenfall demanda la indemnización de los perjuicios causados por el cierre de sus plantas de energía en Alemania. - CIADI, *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v Federal Republic of Germany* (II), caso n.º ARB/12/12.

²² CIADI: Caso n.º ARB/07/23, párrafo 234.

- d) other grounds for *lesivo* referred to terms of Contract 41 that the Government itself had proposed and FVG and FEGUA had copied in Contract 143/158;
- e) the railway equipment in question had been used since the initiation of the rail service in 1998 with full knowledge of the Government and without which Claimant could not have performed its obligations under Contract 402;
- f) FEGUA certified that such obligations under Phase I and II of the railway rehabilitation had been performed satisfactorily by FVG, which had used the very same railway equipment, first under the exchanges of letters between FEGUA and FVG and later under Contract 143/158;
- g) the conditions proposed by the Government for not proceeding with *lesivo* were for the most part unrelated to the curing of *lesivo* and the *Lesivo* Declaration was used as a tactic to pressure Claimant to invest more, irrespective of its obligations under Contract 402, or forfeit its investment in favor of other unspecified investors.

Hoy en día observamos cierto movimiento político que se opone a mayores márgenes de regulación para la protección de intereses públicos en cabeza de los Estados anfitriones. Esta tendencia ya se refleja en la nueva generación de acuerdos internacionales. Además, se discute la exigencia del agotamiento de recursos internos, previamente a que un inversionista extranjero pueda acudir a un tribunal internacional de arbitramento. En el entretanto, El Parlamento Europeo también sigue esta tendencia.²³

4.2. El principio de proporcionalidad

Los estándares de proporcionalidad del derecho europeo y del derecho económico internacional causan una reducción sumamente drástica de las opciones políticas de cada Estado, la cual a su vez limita el margen de acción del legislador (democráticamente legitimado). El poder legislativo de cada Estado (o de la Unión Europea) ya no tiene la libertad de dar cabida a cualquier temor empíricamente insostenible, o de dejar transcurrir libremente concepciones “socioculturales” (tradicionales o emergentes) para restringir el libre comercio. El objetivo de un sistema de libre comercio generador de bienestar rige las reglas del derecho de comercio internacional. El rumbo de este régimen no sólo se opone a blindajes económicos proteccionistas en los que se imponen intereses meramente nacionales, sino que también contraviene las restricciones comerciales excesivas para la protección de intereses universalmente reconocidos. Así, la lógica interna de este régimen requiere que el sistema del derecho de comercio internacional se base en reglas cuya aplicación no pueda depender de la arbitrariedad de un Estado en particular. Por ende, las normas restrictivas deben estar sometidas a un estricto control de justificación.

En el derecho de comercio internacional las restricciones comerciales requieren una fundamentación, la cual demuestra su necesidad de perseguir un objetivo legítimo (como la protección a la salud u otros intereses públicos), en concordancia con el artículo XX

²³ Resolución del 22 de marzo de 2011, 2010/2203 (INI).

del GATT. También se tiene que considerar todo el conocimiento científico empírico disponible y mantener una reglamentación coherente. Esta vinculación con estándares verificables y, en consecuencia, generadores de racionalidad, se encuentra a su vez en una relación de tensión con la autonomía de cada Estado y sus objetivos, o la preservación de su identidad cultural y otros objetivos “socioeconómicos”.

De esta manera, la República Socialista de China puede determinar, con bastante libertad en materia de comercialización de productos audiovisuales extranjeros, el contenido de “moral pública” (como razón de justificación según el artículo XX, a del GATT, artículo XIV, a GATS)²⁴ sin tener que orientarse en las representaciones morales usuales de otros Estados.²⁵ Con todo, tratándose del aseguramiento de los estándares morales autónomos establecidos, China se tiene que remitir a medidas menos invasivas posibles.²⁶ El monopolio de importaciones existente en China fue calificado por el Organismo para Solución de Controversias de la OMC²⁷ como desproporcionado, ya que en China existían alternativas menos drásticas (importaciones a través de empresas privadas con posible partición extranjera, sometidos a control estatal del contenido).

El principio de proporcionalidad despliega de dos maneras su función generadora de racionalidad: por un lado, reflejando la realidad de la vida, y por otro lado, exigiendo el empleo de medidas lo menos invasivas posible.

5. Exigencias de la fundamentación científica y la protección del medio ambiente

Bajo el régimen de la Organización Mundial del Comercio (OMC) las necesidades de justificación sobre restricciones al comercio que exigen la realización de sólidas estimaciones de riesgo, así como el planteamiento de una “gestión de riesgo”, imponen considerables límites a las opciones políticas.

La prohibición de importación de carne de res tratada con hormonas²⁸ o de productos genéticamente modificados,²⁹ hoy en día tiene que ser fundamentada racionalmente de

²⁴ Por sus siglas en inglés (General Agreement on Trade in Services), en español: Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios.

²⁵ Appellate Body Report, China – Affecting trading rights and distribution services for certain publications and audiovisual entertainment products, WT/DS363/AB/R, 2009, párrafo 7.759.

²⁶ Ídem.

²⁷ Organización Mundial del Comercio (World Trade Organization, WTO).

²⁸ Appellate Body Report, European Communities – Measures concerning meat and meat products, WT/DS 26/AB/R, WT/DS 48/AB/R, 1998.

²⁹ En relación con la moratoria en la licencia para los productos genéticamente modificados en la Unión Europea. Panel Report, European Communities – Measures affecting the approval and marketing of biotech products, WT/DS/291, 2006.

acuerdo con las normativas de la OMC (GATT, Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias –Acuerdo SPS–).³⁰

A la luz del artículo 2.2 de los acuerdos SPS, las medidas sanitarias y fitosanitarias con efectos restrictivos al comercio deben basarse en “principios científicos”. Y al tratarse de la evaluación de riesgos, los miembros de los SPS tienen que sustentar como fundamento los métodos de evaluación internacionalmente reconocidos (Art. 5.1) y tener en cuenta los medios de prueba científicamente disponibles (Art. 5.2).

Las restricciones al comercio deben por tanto ser justificadas a través de un *scientifically identified risk*.³¹ Dichas limitaciones deben también tener una “relación racional” con la evaluación del riesgo (*rational relationship*).³²

6. Control parlamentario de la cooperación internacional

El control parlamentario exige que en el contexto de mecanismos de concertación internacional exista plena y temprana información por parte del Gobierno o de las agencias administrativas involucradas (acuerdos de Basilea). Toda votación del Gobierno en relación con decisiones vinculantes que impliquen nuevas cargas presupuestales u otras obligaciones internacionales, tendrán que someterse a la reserva de una aprobación parlamentaria (e. g., en el Consejo de Gobernadores de Mecanismo Europeo de Estabilidad).

En su resolución n.º 1884/2012 de junio 2012, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa diagnosticó una amenaza a los principios democráticos por parte de las recientes medidas de austeridad en Europa:

5. The implementation of austerity measures is often linked to bodies whose character raises questions of democratic control and legitimation, such as the so-called “troika” of the International Monetary Fund, the European Commission and the European Central Bank, or the newly composed, technocratic governments that have recently been set up in several member States. The latest decision to establish the interlinked European Stability Mechanism and European Fiscal Compact is expected to further intensify the pressure on member States to pursue new rounds of austerity measures. [...]

10. In the light of this evaluation, the Parliamentary Assembly calls on the member States of the Council of Europe to:

³⁰ Por sus siglas en inglés (*sanitary and phytosanitary measures*), en español: medidas sanitarias y fitosanitarias (MSF).

³¹ Appellate Body Report, European Communities – Measures concerning meat and meat products, WT/DS 26/AB/R, WT/DS 48/AB/R, 1998, párrafo 186.

³² Appellate Body Report, European Communities – Measures concerning meat and meat products, WT/DS 26/AB/R, WT/DS 48/AB/R (1998), párrafos 193 y ss.

10.1. prevent the undermining of existing democratic standards when it comes to decisions linked to the “sovereign debt crisis” and possible joint European action to be taken, by preserving maximum possible discretion for national governments and other national democratically legitimated institutions, in particular parliaments;

10.2. reflect on how such processes could be made more democratic in the future, also with regard to future economic policy making at the European level, and, in the meantime, act with utmost transparency when taking any far-reaching decisions which profoundly affect national economies and people’s lives.

No hace falta compartir plenamente este análisis para reconocer la importancia de la temática.

El control parlamentario es de mayor relevancia para la participación del Gobierno en los órganos ejecutivos o legislativos de integración regional (Unión Europea, Comunidad Andina, Mercosur). En este contexto, es importante que todas las cargas financieras que pueden resultar de un acuerdo internacional, se definan con mayor precisión y hagan posible la previsibilidad de las implicaciones presupuestales, actuales o potenciales.

7. Erosión de derechos sociales

Otra preocupación se refiere a la erosión de derechos sociales. En este sentido, la resolución n.º 1884/2012 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa se pronunció sobre las medidas de austeridad.

... 4. Facing the consequences of “unbridled” economic liberalism, the European social model and its various national expressions should be protected as a common European vision, characterized by the general principles of a “social market economy”, and the welfare State should be further strengthened, including through new social partnerships placing the human being at the centre of concerns.

10. In the light of this evaluation, the Parliamentary Assembly calls on the member States of the Council of Europe to: [...]

10.3. sign and ratify the revised European Social Charter and the European Convention on Social Security (ETS No. 78), if this has not yet been done, and consider supporting an update of the latter in accordance with the needs of today’s work situations and lifestyles, so as to improve the rights of member States’ citizens to a level at least equal to the rights guaranteed by bilateral agreements on social security;

10.4. where applicable, initiate a public debate on the social consequences and the impact on democratic sovereignty if the European Stability Mechanism and the European Fiscal Compact should come into force;...

8. Responsabilidad de empresas multinacionales

Los tratados modernos sobre la protección a la inversión y la libertad de comercio (PTAs)³³ toman en consideración, además, una nueva dimensión del concepto de *good governance*, como estándares sociales, protección laboral por parte del empleador y defensa del medio ambiente. Un ejemplo tangible de lo anterior son los nuevos convenios de la Unión Europea con Colombia y Perú, pero también lo es el modelo del BIT³⁴ de Estados Unidos de 2012.

En estrecha relación con los elementos del Estado de derecho se encuentran los nuevos estándares de comportamiento para las empresas transnacionales. Varios códigos de conducta y otros instrumentos internacionales se dirigen a la responsabilidad de empresas multinacionales, por ejemplo las reglas de conducta de la OECD³⁵ y los principios reconocidos por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas para la responsabilidad de las empresas transnacionales en observancia de los Derechos Humanos (*Ruggie Principles*). Los principios de la ONU resaltan la responsabilidad, tanto del país de procedencia como del anfitrión, de vigilar la conducta de empresas multinacionales y establecer mecanismos de control.

En estos términos, los lineamientos de la OECD obligan a los países de procedencia a establecer un “punto de contacto nacional” para investigar posibles conductas que contravengan las reglas. El problema de este mecanismo, es que opera fuera del sistema de justicia y no culmina en decisiones vinculantes, sino en declaraciones que se hacen públicas. Se plantea entonces el tema de una base legal y del acceso al Contencioso Administrativo para someter este mecanismo al control judicial.

9. Racionalidad en la unión económica y monetaria de la Unión Europea

Las disposiciones del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea sobre disciplina presupuestaria (Art. 126 TFEU) y la orientación del ESCB hacia la estabilidad de los precios como “norma fundamental” de la Unión Monetaria Europea (Art. 127 Abs. 1 TFEU), son el intento más exigente para llevar la racionalidad económica a estándares normativos. Adicionalmente, tiene vigencia el principio fundamental, según el cual cada Estado responde individualmente por sus deudas (*No bail-out*, Art. 125 TFEU). El nuevo “pacto fiscal” intensifica (o agudiza) la presión para una (mayor) disciplina presupuestaria.

³³ Por sus siglas en inglés (*preferential trade agreements*), en español: tratados preferenciales de comercio.

³⁴ Por sus siglas en inglés (*bilateral investment treaties*), en español: tratados bilaterales de inversión.

³⁵ Por sus siglas en inglés (Organisation for Economic Cooperation and Development), en español: Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo.

Los aspectos problemáticos son:

- La concentración unidimensional sobre la disciplina presupuestaria, sin tener en cuenta los propósitos de crecimiento.
- El adormecimiento del mercado de capitales y una política que convierte en tabú la bancarota estatal y la posible salida de un Estado de la Unión Monetaria Europea.
- El “problema del rehén en su propia casa”, es decir, la constante presión que se ejerce sobre los Estados que proporcionan ayuda, para que aumenten cada vez más su solidaridad financiera.

La consecuencia del creciente aumento de la solidaridad por parte de los países fuertes europeos hacia los países más débiles del Sur en la Unión Europea es el colapso del sistema. El principio de responsabilidad individual de cada Estado con relación a sus deudas es quebrantado por el Mecanismo Europeo de Estabilidad (ESM) como instrumento permanente de apoyo. A esto se le añade la financiación indirecta de ciertos Estados por parte del Banco Central Europeo, a través de la adquisición desenfadada de empréstitos estatales. Nos hallamos de forma avanzada en el camino hacia una “unión de transferencia” con permanente solidaridad.

10. Conclusión final

La racionalidad económica genera un continuo desafío para la disolución de las tensiones económicas y sociales. Ese desafío solo puede ser superado cuando la política tematice públicamente los conflictos de objetivos y no busque su cura en mecanismos de saneamiento cortoplacistas.

En aras de un balance justo y de la solución de conflictos de intereses existenciales, el derecho por sí solo no puede asegurar la racionalidad económica de forma sostenible y duradera. Bajo la condición de una formación de voluntad democrática, tal condicionamiento, a través del derecho, tampoco sería deseable. En este punto el derecho internacional económico llega a sus límites de capacidad de rendimiento. En el margen que así deja el derecho internacional económico, la última palabra la tiene el Estado nacional, dentro de su orden constitucional.

Además, es importante que el derecho constitucional reconozca y responda a los estándares del derecho económico internacional, por ejemplo, al hacer el balance entre el interés público y los intereses de inversionistas extranjeros. Se mantiene así la posibilidad de influir en la interpretación y aplicación del derecho internacional.

Por otro lado, es el derecho constitucional el que fundamenta la legalidad de obligaciones internacionales desde la perspectiva del ordenamiento interno, en particular a través de la necesaria aprobación por parte de los órganos representativos. Así, se otorga la indispensable legitimidad democrática a la cooperación de toda índole vinculante.

Corresponde tanto a la rama legislativa como a la rama judicial servirse de las herramientas que brinda el orden constitucional para responder a los desafíos de la globalización.

Bibliografía

- APPELLATE BODY REPORT, CHINA: Affecting trading rights and distribution services for certain publications and audiovisual entertainment products, WT/DS363/AB/R, 2009.
- APPELLATE BODY REPORT, EUROPEAN COMMUNITIES: Measures concerning meat and meat products, WT/DS 26/AB/R, WT/DS 48/AB/R, 1998.
- CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI): *Desert Line Projects LLC vs. La República de Yemen*, caso n.º ARB/05/17, ILM 48, 2009.
- _____. *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide vs. Republic of the Philippines*, caso n.º ARB/03/25.
- _____. *Loewen Group Inc. & Raymond L. Loewen vs. United States of America*, caso n.º ARB (AF)/98/3, ILM 42, 2003.
- _____. *Tecmed S. A. vs. The United Mexican States*, caso n.º ARB(AF)/00/2, ILM 43, 2004.
- _____. *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG vs. Federal Republic of Germany (II)*, caso n.º ARB/12/12.
- _____. *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG & Co. KG vs. Federal Republic of Germany*, caso n.º ARB/09/6.
- _____. *World Duty Free Co. Ltd. vs. Kenia*, caso n.º ARB/00/7, ILM 46, 2007.
- CORTE INTERAMERICANA DE JUSTICIA: *Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, serie C, n.º 146, 2006.
- DOLZER, Rudolf: "Fair and equitable treatment – A key standard in investment treaties", en *The International Lawyer*, 39, 2005.
- HERDEGEN, Matthias: "Die Bedeutung von Auslandsinvestitionen für die wirtschaftliche, soziale und kulturelle Entwicklung", en Rudolf Dolzer, Matthias Herdegen y Bernhard Vogel, *Auslandsinvestitionen* (eds.), Friburgo/Basilea/ Vienna: Herder, 2006.
- _____. *Internationales Wirtschaftsrecht* (9ª ed.), Munich: C. H. Beck, 2011.
- PANEL REPORT, EUROPEAN COMMUNITIES: Measures affecting the approval and marketing of biotech products, WT/DS/291, 2006.
- TRIBUNAL DE LA SADC: *Mike Campbelly otros vs. la República de Zimbabue*, ILM 48, 2009.