

# International Dispute Settlement in an Evolving Global Society

## Constitutionalization, Accessibility, Privatization

### *Libros*

*Francisco Orrego Vicuña*

Cambridge, Cambridge University Press, 2004; 156 pp.

Producto de los constantes cambios que ha experimentado la sociedad y consecuentemente el derecho internacional, se han originado tendencias nuevas de las que el derecho no debe permanecer ajeno. Una de ellas es la total consagración a los principios básicos de la comunidad internacional mediante la hipótesis, para algunos absolutamente necesaria, de alcanzar una base a nivel constitucional, así como la certeza jurídica para la práctica de nuevas formas de negociación en materia económica, como lo son las inversiones y el comercio internacional y las reales alternativas de solución a posibles conflictos entre las partes.

En términos generales, el libro discute y analiza tres destacados temas del derecho internacional contemporáneo, a saber, el desarrollo del derecho internacional constitucional en una sociedad global, el creciente acceso del individuo a las instancias internacionales, y el desarrollo del arbitraje en el ámbito internacional privado.

De la lectura se desprende una serie de antecedentes que no harían tan lejana la posibilidad de lograr la concreción efectiva de los principios básicos del derecho internacional, mediante una Corte Internacional Constitucional. La idea parece más bien lejana, pero

no imposible. El proceso de descentralización de la sociedad internacional, al igual que en el derecho internacional, hace necesario reconsiderar el nuevo rol que tendrán estos principios para lograr tales fines.

Durante el siglo XX, varios fueron los autores que plantearon la teoría de un derecho constitucional internacional, entre ellos Georges Scelle, Philipp Allott, Hermann Mosler y George Schwarzenberg. Fue este último quien desarrolló la teoría de un derecho constitucional sin una constitución propiamente tal, inspirada en el «Common Law». Así, Mosler señala que la comunidad internacional siempre ha tenido elementos constitucionales, a pesar de no estar escriturados, que son respetados mediante el consenso. Por su parte, Allot cree que debe distinguirse entre una constitución legal (aquella concerniente a la distribución y límites del poder social), una constitución real (la que se refleja en la realidad social) y una constitución ideal (la establecida según el modelo deseado por la sociedad). En definitiva, uno de los objetivos de la comunidad internacional es promover el desarrollo de una estructura orgánica de estos principios, ya sea mediante una constitución u otra forma similar.

La dimensión constitucional que se le entrega a la carta de las Naciones Unidas es un interesante análisis que el autor destaca para su hipótesis. Tal dimensión se apoyaría en características constitucionales a lo largo de sus capítulos, sobre todo al momento de referirse a la estructura de la organización. La identificación de los valores compartidos por la comunidad internacional y el desarrollo de su estructura orgánica, son desde este punto de vista, una de las mayores contribuciones de las Naciones Unidas, por lo que no sería correcto hablar de una estructura normativa «vertical», en que la autonomía de las naciones se ve opacada por el papel central que juega tal organización. En otras palabras, la Carta no es una constitución, y los Estados nunca han aceptado convertirse en subdivisiones de una entidad universal. Así, coincidimos que más allá de la posibilidad de concretar una constitución o de lograr una estructura semejante, hay que considerar el principio de la igualdad de los Estados, todo como base de esta organización.

El libro destaca el rol constitucional que podría llegar a tener la Corte Internacional de Justicia y los obstáculos que se presenta-

rían para lograrlo. Pensamos, que debiera comenzarse por una reforma a la Carta, y no mediante una aceptación tácita de los Estados a tal reconocimiento. Ahora, bien si en un comienzo señalamos que la idea de concretar de los principios mediante la constitucionalización de la Corte Internacional de Justicia era un hecho lejano pero no imposible, no debemos desvirtuar su naturaleza solo para lograr un ideal constitucional. Sin perjuicio de esto, no podemos negar la importancia de la Corte al momento de reconocer los principios básicos del derecho internacional, mediante sus sentencias y opiniones emitidas en determinadas materias. El autor señala que una vez efectuados una serie de cambios en relación con sus funciones, la Corte Internacional de Justicia podría llegar a convertirse en una Corte Constitucional para la comunidad internacional, posición que no compartimos por completo, ya que nos parece más lógico que los mismos Estados consideren establecer una Corte Constitucional que funcione de manera independiente de las Naciones Unidas. Eso sí, estamos de acuerdo en que no es necesaria la existencia de una «constitución», puesto que los principios internacionales se encuentran más que consagrados y reconocidos por los Estados y que Gran Bretaña es un importante referente de la no escrituración de su constitución. Si bien el autor señala que el derecho internacional se estructura bajo un sistema horizontal, y que la dimensión constitucional aportada y analizada en la obra no está introduciendo una forma vertical más que la aceptada por los Estados, resulta compleja la situación de los países que permiten delegar más poder que el debido o que, por el contrario, sean reacios a la idea de constitucionalizar determinados principios mediante la creación de una Corte Internacional Constitucional. Son situaciones que deben mirarse a la luz del principio de la igualdad de los Estados y que, en nuestra opinión, aún no alcanza su perfecta concreción.

Interesante y muy atractivo es el análisis del individuo como sujeto de derecho internacional frente a los diversos mecanismos de solución de controversias en el ámbito internacional. Es una realidad que los diversos cambios que han experimentado el derecho y la comunidad internacional durante el siglo veinte han permitido sostener que el Estado no es en ningún caso el único sujeto de derecho internacional, y que actualmente es necesario que los participantes del sistema internacional tengan adecuado y efecti-

vo acceso a los acuerdos y soluciones de controversias internacionales. En este sentido hablamos del individuo como sujeto individual e independiente y de las compañías o empresas que se desenvuelven en el ámbito internacional.

Es preciso adaptar esta nueva realidad mediante la creación de normas dirigidas especialmente a regular de la accesibilidad del individuo a un organismo o tribunal internacional para la solución de un conflicto, así como las restricciones a este “derecho de acción” para no permitir ningún tipo de abuso. En definitiva, en materia de solución de conflictos bajo el derecho internacional comienza a originarse una nueva tendencia, en la que el acceso de los individuos y de las compañías para entablar demandas o reclamos internacionales está siendo gradualmente reconocido como un derecho inherente a la posesión de personalidad internacional.

La tradicional protección diplomática que otorga el Estado al individuo ha sido la principal vía de acceso al sistema, lo que a nuestro juicio se traduce en un asunto político más que jurídico, y creemos que, para lograr una verdadera y justa solución ese es el cambio que debe concretarse. Esto no significa que dicha protección debiera verse disminuida u opacada por el rol independiente del individuo, ya que de lo contrario este se vería completamente desamparado frente a una situación de controversia; por tal razón, como bien lo establece el libro, debiese hablarse de una protección diplomática residual, es decir, que exista la posibilidad concreta de recurrir a la protección del Estado cuando no existan vías de acceso directas para el individuo.

El acceso del individuo a las cortes o tribunales internacionales es otro de los temas analizados. En un comienzo esto era considerado como una excepción a la regla general, es decir lo normal, era que los Estados tuvieran la exclusividad para recurrir a un tribunal o corte internacional. Hoy, y por las referencias antes señaladas, el panorama ha cambiado. El primer paso fue permitir que una persona apelara una decisión a nivel nacional ante un tribunal internacional en ámbitos muy específicos. El antecedente fue la XII Convención de la Haya de 1907, que estableció la «International Prize Court», ante la cual los individuos podían apelar por decisiones tomadas en tribunales nacionales por determinados asuntos. El segundo paso fue la posibilidad de recurrir a la Corte de Justicia Centroamericana, creada también en 1907, en la

que personas de países de Centroamérica podían entablar sus reclamos personalmente. Si bien el desarrollo de esta tendencia fue dándose lentamente en la primera mitad del siglo veinte, en las últimas décadas las demandas y reclamos de particulares aumentaron gracias al reconocimiento de los derechos humanos, ampliamente consagrados en la Carta de las Naciones Unidas.

Se desprende de varias partes del libro que el proceso de globalización económica ha producido un fuerte impacto en la estructura de la sociedad internacional y ciertamente en la evolución del derecho internacional. Una expresión de aquello es el rol que ha asumido el individuo frente a los mecanismos internacionales de solución de conflictos relacionados con tal globalización. Lo anterior se ha reflejado en el contexto de disputas en materia de inversiones y comercio internacional, integración económica y otras formas especializadas de jurisdicción. Un factor que ha influido altamente en este proceso es la economía de mercado en el contexto de la globalización. Hay que tomar en cuenta que al existir mayor incertidumbre frente a un mercado global, se torna más necesario determinar las diversas formas de solucionar un conflicto

Un mecanismo es recurrir al CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones) En términos generales, tal organización se caracteriza por ofrecer a los inversionistas extranjeros el arreglo de los conflictos mediante arbitraje y la conciliación. Solo tiene jurisdicción en conflictos generados entre un inversionista extranjero y un Estado, pero no entre dos Estados o entre dos particulares y ambas partes deben someterse voluntariamente a la jurisdicción del CIADI. Las demandas pueden ser iniciadas tanto por el inversionista privado como por el Estado. La contribución del CIADI ha sido fundamental en la armonización del tratamiento a los inversionistas extranjeros, ya que ha permitido mayor fluidez y certeza jurídica al momento de hacer una inversión.

Últimamente un número importante de acuerdos multilaterales se han fortalecido mediante los mecanismos de solución de controversias disponibles a inversionistas. Estos acuerdos generalmente siguen la línea de un acuerdo bilateral, sometiéndose voluntariamente a un arbitraje en caso de conflicto. Así, cabe mencionar los casos del Mercosur, del TLCAN y otros. Al respecto, el

autor señala que en gran medida las disposiciones contempladas en acuerdos multilaterales han ayudado a perfeccionar la participación individual en los procesos, lo que ha constituido un importante precedente que ha influido en el desarrollo general de los mecanismos internacionales de solución de conflictos.

Un poco diferente es el caso de los particulares que participan directamente en el ámbito del comercio internacional, ya que como lo señala el libro, el acceso a mecanismos de solución de controversias de quienes se relacionan en este ámbito de la economía es más restringido que el de los inversionistas extranjeros, o sea el derecho de los individuos y empresas involucradas con el comercio internacional no han sido reconocidos en su generalidad.

El capítulo 6 de la obra comentada se refiere ampliamente a la Organización Mundial de Comercio (OMC), como parte integrante de los mecanismos de solución. Según lo señalado, habrá que considerar los mecanismos públicos y privados, tomando en cuenta tanto a los individuos como al Estado en su conjunto. Un ejemplo de esto es la OMC, que establece un sistema integrado de solución de controversias y en que se ha ido reconociendo gradualmente el rol del individuo. Como característica destacada de tal organización se menciona el DSU (Dispute Settlement Understanding), que puede emitir opiniones frente a determinadas consultas, y en caso necesario exigir que se establezca un “panel” si no se llega a una solución satisfactoria dentro de seis días. También existe la posibilidad de someterse a la mediación o a la conciliación, y en caso de no llegarse a acuerdo o solución, nuevamente se ofrece la alternativa de establecer un panel. Junto con esto, la resolución del panel, es apelable y el órgano puede confirmar, revocar o modificar lo decidido por el panel. Igualmente el DSU permite como alternativa a la solución del conflicto el arbitraje, siempre que cuente con la aprobación de las partes involucradas. Coincidimos con el autor en que la OMC permite un interesante equilibrio entre la necesidad del derecho y la flexibilidad para adaptarse a situaciones nuevas.

Podemos deducir que los mecanismos internacionales de solución de conflictos tratados en el texto son actualmente las principales vías para reconocer los derechos y obligaciones de los particulares dentro del contexto de una economía de mercado. Sí bien es cierto que se han percibido cambios manifiestos que han

favorecido esta activa participación del individuo independientemente del Estado para la solución de una disputa en el ámbito internacional, aún quedan temas pendientes que resolver. Resulta fundamental consagrar estos mecanismos mediante la igualdad de las partes, es decir, creemos que la certeza jurídica en negocios de carácter internacional debe basarse en algún tipo de estatuto que por lo menos sea general para todos. A veces la diversificación de métodos o instancias de solución de conflictos puede generar una jurisprudencia muy desigual respecto del asunto esencial del conflicto, lo que a su vez permitiría dejar al arbitrio de las partes el recurrir a una u otra según la forma en que han fallado determinados asuntos.

Por otro lado, es interesante fomentar este “derecho de acción” del particular frente al derecho internacional, siempre que quienes hagan uso de él se encuentren en una verdadera situación de conflicto o desventaja frente a la contraparte, principalmente para evitar una proliferación de demandas o reclamos injustificados.

Para terminar, el libro comentado es un claro reflejo de las nuevas tendencias del derecho internacional y de la necesidad de adaptarse a una realidad más cercana al individuo, a la vez que nos muestra una interesante perspectiva de las diversas formas de solucionar conflictos suscitados en un contexto internacional de economía de mercado, y de la hipótesis de que hay que adecuar a la Corte Internacional de Justicia para que cumpla funciones constitucionales, cuestión que no compartimos.

*María Paz Godoy Usón*

Programa de Magíster en Derecho Internacional, Inversiones y Comercio  
(L.L.M.) Universidad de Chile – Universidad de Heidelberg.