



Título: Rastros de restos serie 1

Técnica: Mixta

Dimensión: 33 x 33

Año: 2009

## ***EL DERECHO INTERNACIONAL EN EL CONTEXTO DE LA GLOBALIZACIÓN: CONFLICTOS Y TRANSFORMACIONES\****

---

\* Texto producto parcial de una investigación más amplia sobre el acceso a algunos espacios internacionales de resolución de controversias en el contexto de la globalización. La misma fue financiada por la Agencia Alemana de Cooperación GIZ entre mayo de 2009 y junio de 2011.

Fecha de recepción: junio 17 de 2011

Fecha de aprobación: noviembre 2 de 2011

## EL DERECHO INTERNACIONAL EN EL CONTEXTO DE LA GLOBALIZACIÓN: CONFLICTOS Y TRANSFORMACIONES

*José Germán Burgos Silva\*\**

### RESUMEN

Se pretende determinar como el derecho internacional ha formado parte de las respuestas frente a diverso tipo de conflictos asociados o agudizados a propósito de la globalización. En dicho sentido, primero pasa revista a qué se ha entendido en el derecho internacional como conflicto o diferencia internacional y de qué manera este encauza y limita que conflictos de la globalización pueden ser conocidos por las instancias del derecho internacional. En una segunda parte, identifica los diversos mecanismos que el derecho internacional tiene previstos para la solución de conflictos ofreciéndose un contraste entre los mismos. Finalmente se proponen algunas hipótesis sobre como el impacto de la globalización ha cambiado la configuración o funcionamiento de algunas de estas instancias propias del derecho internacional.

Palabras Clave: Derecho Internacional; Globalización; Diferencia internacional; conflictos de la globalización

## INTERNATIONAL LAW IN THE GLOBALIZATION CONTEXT: CONFLICTS AND TRANSFORMATIONS

### ABSTRACT

In this text is expected to fix how international law has been part of the answers of several types of associated or heighten conflicts, by the way to the globalization. In that order, first we will study what is conflict or international difference in international law and how this is used to limit what conflicts of globalization can be tried by international law. In the second part, we will identify the mechanism that the international law has predicted to resolves the conflicts. Finally, we will propose some hypothesis about how the impact of the globalization has changed the configuration of some instances of international law.

**Keywords:** International Law, globalization, international difference, conflicts of the globalization.

---

\*\* Phd, profesor de la Universidad Nacional de Colombia

# EL DERECHO INTERNACIONAL EN EL CONTEXTO DE LA GLOBALIZACIÓN: CONFLICTOS Y TRANSFORMACIONES

## Introducción

El derecho internacional contemporáneo ha venido fortaleciendo, no sin dificultad, distintos espacios para enfrentar y resolver las controversias entre algunos de los sujetos reconocidos por el mismo. Hoy presenciamos la existencia de múltiples espacios para el trámite pacífico de las controversias internacionales, los cuales van desde la clásica Corte Internacional de Justicia de la Haya, hasta el recientemente creado Tribunal Penal internacional, pasando por los múltiples mecanismos de arbitramento o mediación reconocidos a través de diversos tratados. Es igualmente destacable el surgimiento y fortalecimiento de instancias internacionales de tipo judicial para defender los derechos humanos a nivel regional, tales como las cortes americana, europea y africana de derechos humanos.

Lo anterior es particularmente notable si tenemos en cuenta que antes de 1990 existían solo seis cortes internacionales permanentes: la Corte Internacional de Justicia, la Corte de las comunidades europeas, el Tribunal de la Comunidad Andina de Naciones, la Corte de Justicia del Benelux y las dos cortes de derechos humanos americana y europea respectivamente. (Brown, 2002) Hoy a este grupo se unen entre otros, el Tribunal Internacional del Mar, la Corte Penal Internacional y el Órgano de Solución de Controversias de la OMC.<sup>1</sup>

La dinámica identificada, se entiende en el contexto de los desarrollos del derecho internacional moderno. Esto significa, en primer lugar, la aceptación de los principios de no uso de la fuerza y de la solución pacífica de las controversias establecidos en la Carta de la ONU. Igualmente expresa el convencimiento paulatino de los estados de que no es posible un derecho internacional sin mecanismos que garanticen en última instancia su aplicación. Si bien este se funda en buena parte en el cumplimiento de buena fe de las normas que lo integran, es claro que la gene-

---

1 Benedict Kingsbury afirma que solo en la década pasada cerca de una docena de instituciones judiciales o cuasijudiciales han sido establecidas a nivel mundial. Entre están el mecanismo de apelación del OSD de la OMC, el mecanismo de resolución de disputas del TLC de Norteamérica, los tribunales adhoc de Ruanda y exyugoeslavia, la Comisión de compensaciones de las Naciones Unidas y el panel de inspección del Banco Mundial (Brown 2002).

ración de diversos mecanismos que busquen su efectividad es un complemento útil y necesario que permite darle al derecho internacional un peso específico mayor.

Tras de este aumento, Posner et al han afirmado que ha estado asociado entre otros a los efectos de los conflictos armados de forma tal que el crecimiento de los anteriores es casi sucedáneo con el cierre de alguno de ellos y además desde una perspectiva realista en las relaciones internacionales defiende que en determinadas condiciones aquellos son instrumentos útiles para la defensa de los intereses de los estados en su relaciones con otros. (Posner, 2005)

Por su parte, Brown establece otro tipo de factores que explican el anterior proceso entre los cuales estarían el aumento en la densidad del derecho internacional que hace necesario pensar mecanismos para su cumplimiento, el compromiso creciente a favor de un Estado de Derecho internacional, el fin de la guerra fría que ha facilitado la opción por vías institucionales para resolver conflictos y finalmente la experiencia positiva con pasadas experiencias de cortes y espacios de solución de controversias institucionales (Brown, 2002; Tiba, 2006).

Este fortalecimiento del número y ámbito de acción de los mecanismos de solución de conflictos internacionales se ha dado simultáneamente en el contexto mismo donde surgen los diversos procesos de globalización que para algunos permite hablar de la existencia de un mundo globalizado o de una mundialización en diversos ámbitos. La misma ha ido acompañada de su propia dinámica de conflictos y tensiones, que se expresan, entre otros, en los efectos globales del calentamiento global; el mayor o menor alcance del libre comercio; en los efectos de la deslocalización productiva sobre los derechos labores de sectores del proletariado; en las reacciones violentas ante el libre pensamiento religioso; en la defensa de la soberanía como trinchera respecto de la defensa global de los derechos humanos etc.

Salvo los espacios políticos y sociales generados para denunciar, tramitar y responder de alguna manera a estos conflictos, las respuestas jurídicas globales a los conflictos de la globalización parecen ser aún muy excepcionales. En realidad, parece que nos encontramos a nivel jurídico con dos tipos de respuestas de alguna manera dominantes: de un lado, el derecho nacional trata con limitaciones de poner algún coto a los desafueros de una economía global que por lo demás cuenta con garantías jurídicas recogidas en tratados que hoy por hoy supeditan el mismo derecho nacional.<sup>2</sup> Simultáneamente, el derecho nacional posibilita y

---

2 En palabras de Harvey “De igual modo, el Estado nación sigue siendo también una de las principales defensas contra el poder puro del mercado. Es también un medio clave para defender las identidades étnicas y culturales y las calidades ambientales frente a la compresión espacio temporal y la mercantilización planetaria”. (Harvey, 2003)

canaliza dimensiones de esa globalización (Sassen, 2010). Un ejemplo de esto serían las reformas constitucionales y legales que constriñen la actividad económica global en sus territorios, sea a nivel laboral, ambiental etc., las cuales sobreviven jurídicamente con normas que simultáneamente las protegen, tales como tratados bilaterales de inversión, contratos de seguridad jurídica etc.<sup>3</sup>

La segunda respuesta es la proveniente del derecho internacional. Si bien se habla de la existencia de un derecho global o de la necesidad de uno,<sup>4</sup> es igualmente claro que este está en parte integrado por el derecho internacional. En otros términos, el derecho internacional, sea como parte del derecho global o en sí mismo considerado, se ha convertido en un escenario donde, a través de algunas de las instancias internacionales de solución de conflictos se ha dado trámite y respuesta a ciertos conflictos de la globalización. De manera muy especulativa se podría sostener que algunos conflictos económicos de la globalización se han enfrentado vía el reajuste y fortalecimiento de instancias propias del derecho internacional como el mecanismo de solución de controversias de la OMC, el CIADI del Banco Mundial y el arbitraje privado internacional. Por su parte, los conflictos de tipo social y político parecen llevarse a otro tipo de instancias menos formalizadas o sujetas al juego político de diverso tipo.

El presente texto pretende, entonces, determinar en líneas generales como el derecho internacional ha formado parte de las respuestas que se han venido tomando frente a diverso tipo de conflictos asociados o agudizados a propósito de la globalización. En dicho sentido, primero pasa revista a qué se ha entendido en el derecho internacional como conflicto o diferencia internacional y de qué manera este encauza y limita qué conflictos de la globalización pueden ser conocidos por las instancias del derecho internacional. En una segunda parte, identifica los diversos mecanismos que el derecho internacional tiene previstos para la solución de conflictos ofreciéndose un contraste entre los mismos en torno de cuatro interrogantes: ¿Quién los conforma?, ¿Qué tipo de conflictos conocen?, ¿Cómo los afronta o «resuelve» y ¿Qué nivel de eficacia tienen? Para responder a estas preguntas, nos centraremos en los mecanismos de tipo arbitral y / o judicial que el derecho internacional ha establecido de diversas formas para solucionar los conflictos internacionales. Finalmente se proponen algunas pistas iniciales sobre como el impacto de la globalización ha

---

3 Esto es lo que Slaughter denomina para efectos políticos como la desagregación del estado, como opuesto al estado unitario mítico y que se encuentra representado y gobernado por múltiples instituciones a través de complejas interacciones, entre ellas tanto las que están fuera como dentro del país” Citado por Saldivia, 2010. También ver Burgos, 2009.

4 Ver Domingo et al 2006.

cambiado la configuración o funcionamiento de algunas de estas instancias propias del derecho internacional.<sup>5</sup>

### **El concepto de diferencia internacional y su pertinencia frente a los conflictos de las globalizaciones**

Lo que se entiende por conflicto en el derecho internacional se ha formalizado bajo el término o expresión de diferencia internacional. La misma se ha definido por Díez Velasco como el conflicto que “surge cuando un sujeto internacional hace valer ante otro una reclamación concreta basada en un incumplimiento de una obligación y la otra parte la rechaza”.

Desarrollando la anterior definición es necesario resaltar que la diferencia conlleva varios elementos. De un lado, un desacuerdo en torno de algún aspecto de derecho o de hecho que jurídicamente sea verificable, es decir que haya sido previsto en alguna de las fuentes del derecho internacional. De otra parte, las diferencias internacionales se dan entre algunos sujetos del derecho internacional, aquellos que pueden llevar sus causas a instancias internacionales de resolución de conflictos tales como los Estados, las Organizaciones Internacionales y los individuos. Es evidente a la luz del derecho internacional, que los derechos y obligaciones alegables por cada uno de los anteriores sujetos varía dado su diverso tipo de plenitud como sujetos en este marco normativo. En otros términos, de los tres sujetos, solo del Estado son predicables el máximo tipo de derechos y obligaciones.

El carácter jurídico de la diferencia que permite la existencia de una potencial respuesta en lo que hace a mecanismos de solución de controversias no excluye que en estos planos se vinculen disputas de orden más político. Al respecto debe entenderse que los litigantes más reiterados en la arena de la solución de conflictos internacionales son los estados, instancias políticas por antonomasia. Por lo demás, un conflicto de orden jurídico puede tener aparejado un origen político interno o una intencionalidad política internacional. Dado lo anterior, los espacios de solución de controversias permiten hasta cierto punto respuestas en ambos ámbitos.

La anterior forma en que el derecho internacional ha entendido la noción de diferencia tiene connotaciones para entender cómo se han abordado algunos de los

---

5 Esta discusión tiene por tanto una orientación diferente a otros enfoques cercanos a este tema. En particular, se aparta de los análisis que hablan de la necesidad y perfiles de una Justicia global. En tal sentido puede verse Cortés Rodas, 2007. Por su parte, es diferente de aquellos que hablan de las diversas dimensiones sobre lo que se ha denominado como una globalización judicial. Al respecto puede verse Baudenbacher, 2003.

conflictos provenientes del proceso de globalización. El derecho internacional ha permitido canalizar aquellos conflictos de la dinámica de la globalización que han estado asociados al incumplimiento de tratados que previamente se han hecho vinculantes para los estados e indirectamente por esta vía para los individuos. En tal sentido, se entiende que una parte de las diferencias en torno del comercio internacional intensificado y del derecho “internacional” de las inversiones hayan sido vehiculadas institucionalmente mediante mecanismos como el CIADI o el OSD de la OMC.

Lo anterior significa que hay una buena parte de conflictos de la globalización económica y no económica que no pueden llegar a estas instancias. Serían un ejemplo de ello, los costos en derechos humanos del libre comercio o las garantías a la inversión a nivel nacional; los efectos ambientales de las dinámicas anteriores; la desigualdad de origen del actual orden económico internacional. Algunos de estos conflictos tienen algunas dimensiones que pueden ser tramitadas en el derecho del orden nacional (ejemplo, violaciones a los derechos humanos o laborales por empresas transnacionales) sin embargo muchos de ellos no tienen espacios a nivel de mecanismos externos de solución. Una de las vías frente a estos límites, ha sido la de buscar introducir estos temas en los espacios institucionales actualmente existentes, lo cual permite entender aquellas luchas que pretenden que la OMC condicione el comercio más libre al cumplimiento de estándares de derechos humanos o de orden ambiental.<sup>6</sup>

Una segunda connotación de la definición del conflicto internacional es la relacionada con los sujetos. Un conflicto, global o internacional, es abordable por el derecho internacional si en el forman parte estados, organizaciones internacionales y excepcionalmente individuos y empresas transnacionales. No tienen participación directa ni los pueblos como tal, ni organizaciones de la sociedad civil, ni en sentido amplio las empresas multinacionales. Esto no contradice el hecho de que cada vez se viene fortaleciendo más la figura del *amicus curie*, el cual como tercero interviniente puede en algunos casos aportar información útil pero no se considera una parte como tal ni conlleva desconocer el poder que tienen las multinacionales para movilizar a un estado en el seno del OSD de la OMC o del CIADI del Banco Mundial.

En suma, la definición de lo que se ha entendido por conflicto o diferencia internacional según el DIP nos coloca en un terreno en buena parte de orden jurídico, lo cual conlleva que las tensiones que canaliza en su seno deben referir a alguna de las fuentes del derecho internacional y por tanto solo permite el acceso a unos sujetos,

---

6 Ver Pipan, 2006.

aquellos reconocidos por este derecho. Por esta vía y teniendo en cuenta que una parte de la globalización económica y otra parte de la globalización de los derechos humanos se ha dado a través de tratados internacionales, los mecanismos de solución de controversias internacionales han sido una respuesta, lo cual en determinados casos ha conllevado su ajuste, como se verá más adelante en este texto (Santos, 2003)<sup>7</sup>. Sin embargo, hay una importante cantidad de conflictos ligados con la globalización que no están encontrando respuesta a través del derecho internacional.

### **Los mecanismos de resolución de disputas internacionales**

El derecho internacional ha venido integrando diversos tipos de mecanismos dirigidos a la solución de controversias en diversos ámbitos o áreas. Los mismos van desde espacios estrictamente políticos, hasta espacios de orden más informal, llegando a instituciones con poderes cuasi o judiciales como tal.<sup>8</sup>

El primer mecanismo que debe mencionarse, es el referente a las negociaciones diplomáticas. Como su nombre lo indica, este remite al entendimiento ante todo de tipo político entre los sujetos que forman parte de una diferencia a la luz del derecho internacional. Si bien tiene una entidad por sí mismo, generalmente su uso se considera como etapa previa asociada a otros mecanismos judiciales o cuasijudiciales. Otro instrumento de una racionalidad más política son los buenos oficios, el cual consiste en la acción de un tercero, el cual puede ser un Estado o una organización internacional y donde el papel de estos es buscar un acercamiento entre las partes sin ofrecer ningún tipo de solución. Es de anotar que obviamente los alcances de estos dos mecanismos, sea en su existencia como en la eficacia de su accionar, dependen en última instancia de la voluntad de los estados o de las organizaciones internacionales.

Ya en un orden menos político aunque de un nivel escasamente formal, encontramos los espacios de mediación y conciliación reconocidos por el derecho internacional. El primero refiere a la acción de un Estado u organización internacional o un grupo de ellas que buscan proponer una forma concreta de solución al conflicto, la cual por lo demás es obviamente ausente de un carácter obligatorio. La conciliación tiene el mismo sentido, pero se diferencia de la anterior en que la tercera está en manos de una organización sin autoridad política. Según Diez Velasco, en este caso,

---

7 Para ver un trabajo muy completo sobre el impacto de la globalización en el derecho internacional puede verse Schiff Berman, 2006.

8 Esta parte se basa en el libro de Diez Velasques, op cit.



el órgano conciliador determina los puntos de hecho, fija los puntos de derecho y propone una solución en torno de la diferencia.

Ascendiendo en nivel de formalización y antes de llegar a los organismos propiamente judiciales, encontramos los mecanismos arbitrales.<sup>9</sup> Estos se han definido como la solución a un conflicto a través de la intervención de un tercero independiente, unipersonal o colegiado, al cual las partes han investido el poder del resolver el conflicto mediante un procedimiento contradictorio, basado en normas y cuya decisión es vinculante para las partes. De la anterior definición es necesario resaltar en primer lugar que la posibilidad de un arbitraje internacional descansa, como en los anteriores casos, en una expresión de voluntad de las partes de un conflicto, sean Estados, Organizaciones internacionales y hoy por hoy empresas transnacionales. La misma puede ocurrir en un tratado, en una cláusula compromisoria o en un acuerdo arbitral posterior al surgimiento del conflicto.

En un segundo lugar, los miembros de un tribunal de arbitramento actúan como jueces para el caso concreto en cuanto aplican el derecho. Sin embargo, debe anotarse que son posibles también casos de arbitraje mediando ante todo criterios políticos. En líneas generales los tribunales arbitrales tienden a ser de tres personas, dos de ellas puestas por las partes respectivamente y una tercera determinada de común acuerdo.

Finalmente y de gran importancia, la decisión de los árbitros es obligatoria para las partes en conflicto. Esto significa que su validez es contundente sin necesidad de aceptación o ratificación por las partes. Generalmente, las decisiones arbitrales no admiten recursos de apelación o equivalentes. Sin embargo en los diversos instrumentos internacionales pertinentes, se establecen algunos recursos como el de aclaración, reforma o de revisión. Es de indicar que en la legislación colombiana es admisible la posibilidad de recursos contra laudos arbitrales internacionales a nivel nacional.

Ingresando ya a los ámbitos propiamente judiciales, la resolución de conflictos ha entrado a ser objeto de canalización y tratamiento por cortes de diverso orden. Las mismas en líneas generales se caracterizan por ser instancias permanentes creadas generalmente a través de tratados, contar con jueces igualmente permanentes y por lo general independientes, aplicar un derecho previamente establecido, tener jurisdicción obligatoria, garantizar el acceso a estados y/o a individuos según sea el caso y producir decisiones vinculantes (Diez de Velasco, 2003). Las áreas donde

---

9 Los mecanismos arbitrales internacionales anteceden en el tiempo a los judiciales, siendo esto representado en el Tratado Jay de 1794 entre la Gran Bretaña y Estados Unidos (Brown, 2002).

hoy por hoy se han creado diversas instancias judiciales internacionales se ubican en los ámbitos de los derechos humanos, los aspectos comerciales, el derecho penal internacional y el derecho del mar (Mackenzie, 2003).

La existencia de distintos tribunales en el ámbito internacional se da de manera descentralizada. Esto significa que cada órgano subsiste paralelamente a los otros teniendo sus propios procedimientos y mecanismos. En tal sentido no existe una estructura piramidal con órganos de cierre como sí ocurre a nivel nacional. Por esta dinámica han venido generándose diversas tensiones entre diversos órganos los cuales pueden terminar conociendo de un mismo caso bajo diferentes dimensiones o pueden terminar produciendo decisiones contradictorias sobre un mismo caso (Brown, 2002).<sup>10</sup>

Con todo, lo que parece claro hoy en el marco de la solución de conflictos internacionales es un paulatino proceso de judicialización parcial o dominante mediante la institucionalización de algún tipo de organismo permanente sea del tipo corte o similares. Esta tendencia hacia una mayor judicialización, esta vez a nivel internacional, parece romper con el patrón histórico antecedente según el cual, las vías judiciales eran secundarias y menores con respecto a los mecanismos más de orden político o arbitral.<sup>11</sup>

### Una caracterización transversal de los mecanismos

Como se planteó en la introducción, algunas dimensiones de las globalizaciones están siendo conocidas y tramitadas a través de espacios del derecho internacional como los anteriormente identificados. A fin de lograr un mejor conocimiento de su alcance a este nivel, es preciso realizar una caracterización transversal en torno de las siguien-

---

10 En palabras de Brown "The first problem is the possibility of divergent jurisprudence between different international courts and tribunals, and a resulting 'fragmentation' of international law. The second problem is the potential for more than one international court or tribunal to be seized of the same dispute, as has already occurred, and the resulting possibility of conflicting decisions" (Brown, 2002).

11 La primera institución judicial como tal de tipo internacional fue la Corte Centroamericana de justicia, creada en 1890, casi un siglo después del primer mecanismo arbitral arriba indicado (Mackenzie, 2003). Por su parte, Posner ha establecido los principales contrastes entre el arbitramento y las soluciones judiciales en los siguientes términos: "Arbitration's main weakness is that the disputing states, whose interests and passions are engaged, need not consent to a panel's jurisdiction; nor need they comply with its judgment, though they frequently do. In contrast, a full-fledged international court has, among other features, (1) compulsory jurisdiction (the court has automatic jurisdiction over certain classes of disputes); (2) a permanent judiciary whose members do not depend on the disputing states for their appointment or salary; and (3) regular procedures and substantive legal rules that are not renegotiated from dispute to dispute.<sup>29</sup> In principle, these features should over-come the weaknesses of arbitration, and are widely viewed as improvements.

tes preguntas: ¿Quién los conforma?, ¿Qué tipo de conflictos conocen?, ¿Cómo los afronta o «resuelve» y ¿Qué nivel de eficacia tienen? Para responder a estas preguntas, nos centraremos en los mecanismos de tipo arbitral y/o judicial.

En lo que tiene que ver con su conformación esta se puede ver de manera indirecta y directa. En cuanto lo primero, la existencia y funcionamiento de uno de estos organismos pasa por la expresión de la voluntad del Estado, sea a través de un tratado generalmente o mediante otras formas de expresión más particular y específica. Por tanto, podríamos afirmar que estos organismos están conformados por estados en cuanto son creación de ellos. De manera más directa, los espacios antes identificados están integrados por especialistas, generalmente escogidos por los estados, sea para el caso particular o sea de manera permanente, como ocurre con el Tribunal Internacional de Justicia o la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Como se planteó en la primera parte de este artículo, los conflictos que son conocidos por estas instancias son los que están asociados al incumplimiento o interpretación disputada de alguna norma. Dentro de estas caben tanto las presentes en un tratado internacional y en menor medida las relacionadas con la costumbre internacional como principales fuentes del derecho internacional público. Complementariamente también pueden terminar en instancias especialmente de arbitramento, discusiones jurídicas asociadas a contratos internacionales con participación del estado nación. Con todo, no es fácil determinar por ahora de manera general, que porcentaje o cantidad de conflictos llegan a estas instancias de adjudicación del derecho y no terminan por la vía del arreglo diplomático o la conciliación o mediación. Como es conocido, la experiencia con la OMC muestra el gran impacto de las fases pre contenciosas en la solución de un conflicto. De hecho, algunos autores defienden que los conflictos de la globalización deberían mantenerse y tramitarse más en estos espacios que en los propiamente judiciales (Steven, 2003).

En líneas generales la resolución de estos conflictos sigue un procedimiento previo, sea este el propio de la instancia de solución de controversias o el escogido por las partes. El mismo en general tiende a ser expedito aunque con elementos de alta complejidad técnica según el tema y relacionados con las pruebas. Con todo, la forma de solución del conflicto es institucionalizada, sometida al derecho y por tanto contenciosa y de carácter adjudicativo. Si bien no se puede excluir la existencia de presiones externas asociadas al origen de los jueces y sus propias orientaciones ideológicas o de origen nacional o cultural, se tiene a primera vista la sensación de que estos mecanismos no están influenciados de manera explícita por la dinámica política.

Finalmente, las decisiones tomadas por estas instancias son jurídicamente de obligatorio cumplimiento para las partes, esto si nos atenemos al principio de buena fe

vigente en el derecho internacional público. Dicha obligatoriedad en algunos casos puede precisar la incorporación nacional de la decisión externa generalmente vía el *exequátur*, en otros, excepcionales, puede estar sujeta a sanciones de algún tipo y en otras situaciones puede conllevar su obligatoriedad automática interna, como sería el caso del CIADI.

Con todo, tradicionalmente la ausencia de mecanismos centrales de coerción ha caracterizado al derecho internacional. En tal sentido, salvo contados casos, el cumplimiento de las decisiones de órganos de solución de controversias internacionales está sujeto a la voluntad de los estados, los cuales tienen una importante capacidad de negociación y juego para establecer formas y tiempos de cumplimiento de lo decidido:

... international dispute resolution tribunals are substantially less effective than most domestic courts. The problem is relatively straightforward. International tribunals lack a direct coercion mechanism to compel either appearance or compliance. They must rely instead on such factors as the immediate perceived interests of states involved in particular disputes in securing judicial settlements, their own legitimacy and the legitimacy of any particular judgment reached, the strength and importance of the international legal rules governing a specific dispute, and the general force of normative obligation (Helfer, 1997).

En suma, el derecho internacional público cuenta con un conjunto de mecanismos de solución de controversias que van desde aquellos de carácter más político, hasta los de orden propiamente judicial, pasando por un rango variado de opciones cuasiformales como la mediación, la conciliación y el arbitramento. Su funcionamiento ha descansado en buena parte en la voluntad de los estados que los crean y los admiten y finalmente aceptan sus decisiones como obligantes, muy a pesar de las dificultades de coerción que tiene el derecho internacional público. Con todo, el contexto de la globalización y sus conflictos parece estar ajustando el anterior esquema, aspecto este que abordaremos de manera general en la última parte del presente escrito.

### **Las transformaciones de los mecanismos de solución de conflictos del derecho internacional en el marco de las globalizaciones**

Los estudiosos de la globalización y sus dimensiones han reconocido de diversas formas que esta no ocurre en un vacío institucional o es meramente el producto de las transformaciones tecnológicas que a su vez van acompañadas del surgimiento de nuevas instituciones tales como la *lex mercatoria* (Teubner, 2010). En realidad las globalizaciones operan a través de las instituciones existentes las cuales adoptan de alguna manera, pero a costa de transformarlas parcialmente.

Como bien lo plantea Santos “muchas de las instituciones centrales del sistema mundial moderno aunque permanezcan en el sistema mundial en transición desempeñan hoy funciones diferentes sin que su centralidad se vea afectada” (Santos, 2003). Por su parte Saldivia plantea como “debe diferenciarse la globalización de otros procesos que se encuentran espacialmente más delimitados como son la localización, la nacionalización y... la internacionalización. Esto no implica que la globalización se oponga a estos procesos más focalizados... sino que por el contrario se relaciona con ellos de manera compleja y dinámica” (Saldivia, 2010).

Sin duda el caso más estudiado a este respecto es del mismísimo Estado nación. Autores como Sassen, Santos, Harvey, Jessop, Held etc, coinciden en que la globalización es posible en buen parte por la acción del Estado. En dicho accionar, el mismo, sin embargo se ve transformado y debilitado pues entrega parte de su soberanía, achica su accionar económico y social, fortalece ámbitos antes descuidados etc. Uno de los aspectos más analizados tiene que ver con el proceso de desnacionalización de instancias o ámbitos del estado. Sassen ha logrado mostrar de manera coherente como aspectos de la regulación del sistema financiero a cargo de los bancos centrales se han desnacionalizado e incorporado a una red transnacional enmarcada en el accionar del comité de Basilea. Caso similar está ocurriendo con las llamadas ciudades globales.

Partiendo de este marco, parece pertinente y útil analizar como la globalización está impactando en el derecho internacional y en particular como está transformándolo especialmente en el nivel de los mecanismos de solución de controversias. Siguiendo a Schiff, los referentes tradicionales del derecho internacional se han quedado cortos para entender la complejidad de un mundo de interacciones globales como el actual: “Over the course of the Twentieth Century, international law lost its privileged place as the primary conceptual framework for understanding the cross-border development of norms” (Schiff, 2005).

En concreto, el derecho internacional moderno heredado de la segunda Guerra mundial, se fundaba en dos principios institucionales: 1. se consideraba derecho aquello producido por los órganos nacionales autorizados para ello y 2. El derecho internacional giraba en función de la soberanía del Estado nación.

Los procesos de globalización ha cuestionado el anterior esquema de varias maneras. De un lado, el derecho que regula una parte de las interacciones por fuera del Estado nación ya no es solo el expresado en tratados o costumbres internacionales. Es el producto de foros no gubernamentales de diverso tipo tales como el Comité de Basilea o el accionar de la Cámara de Comercio internacional (Teubner, 2010 y Schiff, 2005). Con estos desarrollos, parece romperse la separación clásica entre el derecho internacional público y el privado. Y finalmente, la idea de soberanía

nacional como referente de medida de la participación de un estado en el derecho internacional es profundamente cuestionada. En efecto, hoy contamos con verdaderas estructuras propiamente supranacionales, es decir instituciones que producen y/o aplican el derecho por encima de los Estados nación, aunque mediando previamente su voluntad para que ello ocurra. Los máximos ejemplos de ellos serían la Comisión europea, el Parlamento europeo e instancias de la Organización Mundial del Comercio: “It is not surprising then that, over the past fifteen years, many international law theorists have shifted their attention to the variety of ways in which the prerogatives of nation-state sovereignty may be affected (and limited) by norms articulated, disseminated, and enforced transnationally or internationally” (Schiff, 2005).

Una de las áreas donde lo anterior ha ocurrido con mayor claridad es el tema de los derechos humanos. Como bien lo plantea Held, visto de manera larga en el siglo XX, ha ocurrido un proceso de generación de un régimen internacional liberal de soberanía. Esto significa que la soberanía aparece limitada por un conjunto de aspectos que se consideran sustanciales y respecto de los cuales el estado soberano debe obediencia y respeto. Algunos ejemplos de ello, serían las primeras normas relacionadas con el derecho internacional humanitario, que limitaron la acción de los estados en materia de los medios y usos reconocibles como legítimos de la guerra internacional. Otro caso sería la enunciación de tratados de derechos humanos que establecen obligaciones de respeto y garantía a los estados, tales como los pactos de la ONU, los tratados americanos y europeo sobre derechos humanos etc. Estos a su vez, han traído aparejados la creación de mecanismos de monitoreo y juzgamiento a los estados por las violaciones a obligaciones internacionales (Held, 2005).

En el anterior contexto, sin embargo, deben resaltarse dos matices. Estas limitaciones a la soberanía de los estados han sido planteadas y aceptadas por ellos mismos en el marco de la negociación y aplicación de tratados internacionales. De otra parte, algunos estados, en algunos casos los más poderosos, no han suscrito ni ratificado los avances más importantes en materia de derechos humanos. Buena parte de ellos siguen considerando que este tipo de normatividades son una limitación a su soberanía (Held, 2005).<sup>12</sup>

Como parte de los desafíos que afectan y transforman el derecho internacional, la justicia internacional afronta igualmente ajustes. La primera transformación

---

12 “These need emphasizing before any unwarranted complacency slips into the analysis. In the first instance, any assessment of the cumulative impact of the legal and political changes must, of course, acknowledge their highly differentiated character since they are not experienced uniformly by all states and regions. From the UK to Saudi Arabia, and from the USA to China, the extent, nature and form of enmeshment of states in global legal and political structures clearly varies” (Held, 2005).

tiene que ver con los poderes que se le vienen otorgando a algunas instancias de solución de controversias. En concreto, algunas de estas están asumiendo poderes por encima del Estado que limitan o cuestionan claramente su soberanía. Parece que estamos transitando de un ámbito internacional a otro de tipo supranacional.

En efecto, la solución de diferencias bajo el derecho internacional tenía unas características claras. Según Slaughter, se reconocía a los estados la capacidad de ser los únicos litigantes, de consentir o no el uso del mecanismo y de vetar hasta cierto punto el alcance de una decisión. La Corte Internacional de justicia sería el prototipo de este esquema. Frente al mismo se levantaría la justicia supranacional o transnacional la cual se caracterizaría por poder determinar su propia jurisdicción, permitir el acceso de individuos privados, mayor independencia de los tribunales y mayores facilidades para la incorporación nacional de las decisiones internacionales (Helfer, 1997) . El CIADI del Banco mundial se acercaría más a este modelo.

En otros términos, las limitaciones a la soberanía provenientes del derecho internacional se han expresado, entre otros, en instancias internacionales con poderes para aplicar ese derecho a los distintos casos, convirtiéndose en verdaderos poderes supranacionales, es decir con la capacidad de dar órdenes a los estados. Este cuadro, no obstante debe mirarse matizadamente. Mientras el OSD de la OMC puede definir un caso relacionado con el incumplimiento de alguno de los acuerdos abarcados y cuenta con fórmulas para en última instancia obligar a su cumplimiento, no ocurre lo mismo con las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos humanos, la cual toma decisiones pero no siempre son obedecidas por los Estados.

La tesis de la transformación de la justicia internacional en claves supranacionales ligadas a la globalización podría cuestionarse sosteniendo que al menos a nivel de los derechos humanos, su existencia antecedió al surgimiento de los procesos recientes de globalización neoliberal, esto particularmente para el caso latinoamericano. Siendo esto cierto, no invalida, a nuestro juicio, la tesis. Lo nuevo en el escenario de la globalización, y por ende la segunda transformación del derecho internacional es que hoy los clásicos espacios internacionales de derechos humanos son un referente de la sociedad civil para la lucha por los derechos humanos y adicionalmente su existencia se ha venido fortaleciendo en la medida en que se ha facilitado de alguna manera su acceso y su accionar a través de reformas al procedimiento. En otros términos, presenciamos una intensificación del uso de estos mecanismos (particularmente los de derechos humanos) que ha conllevado su ajuste y su fortalecimiento, aunque, como se mencionó antes, existen limitaciones aún provenientes de la soberanía del estado nación.

En suma, los procesos de globalización han transformado el derecho internacional de varias formas. En lo que hace a los mecanismos de solución de controversias o

justicia internacional objeto de este trabajo, la transformación ha consistido en un crecimiento de las instancias como tal, en un empoderamiento progresivo que les permite tomar decisiones aun en contra de la voluntad e intereses del estado y en una intensificación del uso social del mismo en cuanto referente hoy casi obligado en los imaginarios de la cultura jurídica de los diversos países.

## Conclusiones

Los procesos de globalización, más en unas dimensiones que en otras, han afectado el derecho internacional público. De un lado, una parte de los conflictos generados al interior de aquella, se vienen conociendo y afrontando por instituciones del derecho internacional. Es así como los conflictos en torno del comercio internacional o de las inversiones internacionales se vienen asumiendo parcialmente a través de instancias como el CIADI y el OSD de la OMC. Por su parte, los conflictos en torno de los derechos humanos como referente hoy por hoy universal de limitación de los estados y particularmente del accionar para su defensa por parte de los individuos, vienen siendo conocidos desde los ámbitos políticos de la ONU, hasta las distintas cortes de derechos humanos.

El tránsito de estos conflictos en instancias como las mencionadas, está sin embargo limitado. A los mecanismos de solución de controversias generados por el derecho internacional y descritos anteriormente, solo pueden entrar aquellos conflictos que el mismo derecho internacional reconoce como tales y en igual sentido solo pueden acceder aquellos sujetos reconocidos por el mismo, en concreto, los estados, las organizaciones internacionales y en menor medida los individuos y/o las empresas. Esto significa que otro tipo de conflictos tales como el impacto de la globalización económica en los derechos humanos, el medio ambiente o el desarrollo, no cuentan con cauces formales para la solución de conflictos, quedándose en el ámbito ante todo político o social internacional. En tal sentido, las organizaciones sociales, los pueblos y otro tipo de sujetos tampoco tienen acceso a solucionar judicial o cuasijudicialmente estos temas por fuera de sus fronteras.

Todo lo anterior, está a su vez impactando en la configuración misma de la justicia internacional. Ateniéndonos a lo planteado por Sassen y Santos sobre como la globalización ajusta y recodifica la institucionalidad existente, aquella ha afrontado tres ajustes: de un lado, ha crecido numéricamente, mostrando la necesidad de generar espacios para permitir el cumplimiento de lo establecido jurídicamente a nivel internacional; en segundo lugar, las instancias de solución de controversias han adquirido en algunos casos poderes supranacionales que limitan la soberanía de los estados y finalmente, la globalización ha traído una intensificación en el uso de estos mecanismos.



**Bibliografía Referenciada**

- BAUDENBACHER, Carl. Judicial Globalization: New Development or Old Wine in New Bottles. En: *Tex. Int'l L.J.* Vol. 38, (2003): p. 505
- BROWN, Chester. The proliferation of international Courts and Tribunals: finding your way through the maze. Review Essay. En: *Melbourne Journal of International Law*. Vol. 3 (2002): p. 453
- BURGOS, Germán. *Estado de Derecho y Globalización*. Bogotá: U.N-ILSA, 2009.
- CORTÉS, Fernando. *Justicia Global, Derechos Humanos y responsabilidad*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2007.
- DIEZ de VELASCO Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 2003.
- DOMINGO, Rafael. *Hacia un Derecho global*. Madrid: Thomson Aranzadi, 2006.
- HARVEY, David. *Espacios de esperanza*. Madrid: Akal, 2003.
- HELD, David. *Globalization, International Law and Human Rights*. Lecture presented on 20 September 2005 at Human Rights Center, University of Connecticut. 2005. [http://www.lse.ac.uk/Depts/global/Publications/PublicLectures/PL\\_GlobalizationInternationalLawandHumanRights.pdf](http://www.lse.ac.uk/Depts/global/Publications/PublicLectures/PL_GlobalizationInternationalLawandHumanRights.pdf)
- HELPER, Laurence y SALUGHTER, Anne-Marie. Toward a Theory of Effective Source. En: *The Yale Law Journal*. Vol. 107, No. 2 (Noviembre. 1997): p. 273-391
- MACKENZIE, Ruth y SANDS, Philippe (2003) *International Courts and Tribunals and the Independence of the International Judge*. En: *Harvard International Law Journal*. Vol. 44, No. 1 (2003): p. 271-285
- PIPAN, Anita. *Los derechos humanos y la OMC*. Buenos Aires-Madrid: Cuadernos de Época. Escuela de posgrado ciudad argentina, 2006.
- POSNER, Eric A. y YOO, John C. *Judicial Independence in International Tribunals*. En: *California Law Review*, Vol. 93, No. 1 (Jan., 2005): p. 1-74
- SALDIVIA, Laura (Compilador). *Estado, soberanía y globalización*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Nuevo pensamiento jurídico, Universidad de los Andes, 2010.
- SASSEN, Saskia (2010), *Desnacionalización del las políticas estatales y privatización de la producción de normas*. En: SALDIVIA, Laura. *Estado, soberanía y globalización*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Nuevo pensamiento jurídico, Universidad de los Andes, 2010.
- SCHIFF, Berman. *From International Law to Law and Globalization*. En: *University of Connecticut School of Law Articles and Working Papers*, Paper 23. (2005) [http://srnellco.org/uconn\\_wps/23](http://srnellco.org/uconn_wps/23)
- SOUSA SANTOS, Boaventura de. *La Caída del Angelus Novus: Ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*. Bogotá: Ilsa, 2003.

- STEVEN, Ratner (2003). The International Criminal Court and the Limits of Global Judicialization, En: *Tex. Int'l L.J.* Vol. 38, No. 3 (2003): p. 445.
- TEUBNER Gunther: Regímenes globales privados: Derecho neoespontáneo y constitución dual de sectores autónomos En: SALDIVIA, Laura. *Estado, soberanía y globalización*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Nuevo pensamiento jurídico, Universidad de los Andes, 2010.
- TIBA, Kebede (2006) What Caused the Multiplicity of International Courts and Tribunals? *Gonz. J. Int'l L.* Vol. 10 (2006): p. 202