

DERECHOS HUMANOS E INTEGRACIÓN ECONÓMICA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

HUMAN RIGHTS AND ECONOMIC INTEGRATION IN INTERNATIONAL LAW

Rubén Sánchez Gil*

Resumen

Desde hace décadas, el derecho internacional ha sufrido una creciente fragmentación en regímenes especializados que eventualmente entran en colisión. Estos conflictos son frecuentes entre las normas internacionales relativas a los derechos humanos y el derecho económico internacional. Es necesario resolver estos conflictos, especialmente para que todas las normas internacionales puedan aplicarse de manera coherente en el orden interno y se prevenga la responsabilidad estatal. Si bien se ha intentado, mediante diversos puntos de vista, dar solución a estos problemas, en especial sugiriendo la “constitucionalización” del derecho internacional o su “integración sistémica”, estos esfuerzos no han sido definitivamente útiles. En cambio, el examen de proporcionalidad empleado de forma preponderante en el derecho constitucional para determinar los alcances de los derechos fundamentales, reconocido ampliamente en el derecho internacional, es la clave final para decidir en cada caso concreto cuál de los principios internacionales contendientes debe prevalecer.

Palabras clave: derecho internacional; derechos humanos; derecho económico internacional; integración sistémica; proporcionalidad.

* Doctor en Derecho por la UNAM. Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Yucatán. Investigador nacional nivel I del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología. Agradezco las observaciones y sugerencias formuladas por quienes revisaron la versión original de este trabajo, las cuales fueron muy útiles para reducir sus deficiencias en lo que me fue posible

Fecha de recepción: 12 de junio 2020.
Fecha de aceptación: 25 de mayo de 2021.

Abstract

Since decades ago, international law has suffered from a growing fragmentation to specialized legal regimes that eventually collide. These conflicts often take place between international rules related to human rights and international economic law. It is necessary to solve these conflicts specially for the consistent application of all international rules in the municipal realm in order to prevent state responsibility. Although it has been tried to solve these problems from different points of view, especially those suggesting either a “constitutionalization” of international law or its “systemic integration”, these efforts have not been definitely useful. Conversely, the proportionality test mainly employed in constitutional law for determining the scope of fundamental rights, widely acknowledged by international law, is the final key for deciding which international principle should prevail in concrete cases.

Keywords: *international law; human rights; international economic law; systemic integration; proportionality.*

I. Introducción

Desde hace algunas décadas se ha observado un fenómeno de “fragmentación” en el derecho internacional que se produce mediante su partición en ámbitos especializados y autónomos, a cuyo respecto se ha instado a prestar “creciente atención” a los conflictos normativos y metodológicos que genera.¹ Se trata de un fenómeno derivado de la reciente evolución (de 1945 a la fecha) del derecho internacional, durante la cual ha proliferado la creación de numerosos instrumentos jurídicos de la más variada índole, referentes a los más diversos ámbitos materiales y territoriales.

Estas condiciones llevan, no solamente a inevitables conflictos entre las normas jurídicas internacionales, sino que también obligan a reflexionar sobre las mismas concepciones fundamentales del derecho internacional y sus instrumentos metodológicos básicos, que antes se podían considerar como establecidos.² No es exagerado decir que nos hallamos en la víspera de un cambio de paradigma del derecho de gentes derivado de esta relevante problemática, como sugiere la creciente atención que —tan sólo en nuestro país— ha tenido la necesidad de una armónica aplicación simultánea de regímenes internacionales especializados.³

¹ Shaw, Malcolm Nathan, *International Law*, 7a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 46-47.

² Para apreciar la vasta extensión de este problema, véase: Comisión de Derecho Internacional (ONU), *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Nueva York, A/CN.4/L.682, 2006, disponible en: <http://bit.ly/3bPUQOI>.

³ Véanse Niedrist, Gerhard y Figueroa Bello, Aida, “Hacia una coordinación efectiva entre regímenes especializados para

Uno de los puntos en que esta fragmentación del derecho internacional y los conflictos que origina se muestran de manera particularmente álgida, es la interacción —o colisión— entre los ámbitos jurídicos relativos a los derechos humanos y a la integración económica, que han sido los de mayor crecimiento en el derecho internacional desde 1945. Ocasionalmente resulta imposible cumplir de forma simultánea las obligaciones derivadas de estos ámbitos internacionales: para proteger o promover los derechos humanos que reconocen diversos tratados internacionales, a veces los Estados se ven orillados a afectar derechos y libertades económicas, garantizadas mediante otros instrumentos de la misma especie y pertenecientes a un régimen jurídico internacional distinto, y viceversa.

La naturaleza “poli­céntrica” del derecho internacional no ha favorecido hallar una respuesta satisfactoria a este problema. Este sistema jurídico, al carecer de una autoridad “central” o “fundamental” que sea referente o foro para resolver diferencias, habitualmente cada régimen jurídico especializado ha adoptado “su” solución, otorgando prevalencia absoluta —o casi— a su propia perspectiva y a la satisfacción de sus objetivos. Esto ha exacerbado la fragmentación del derecho internacional, en particular ante las colisiones que pueden tener —y en efecto, han tenido— sus ámbitos de derechos humanos y económico.

Esta no es una mera cuestión teórica o especulativa, pues ha ocupado la reflexión de un buen número de especialistas, sobre todo en el ámbito del derecho económico internacional. Este problema repercute en el sentido y grado del *desarrollo* —entendido de modo comprensivo, no sólo en sentido económico— de muchas naciones, y genera la incertidumbre de los Estados, así como de las personas sujetas a su jurisdicción, en relación con los alcances de las garantías y obligaciones que les corresponden.

En esto último radica la relevancia del problema, y permite ver que podría ser todavía más complejo, con significativas consecuencias prácticas. La esfera doméstica es la primera instancia de aplicación de las mencionadas normas internacionales, las cuales no sólo deben coordinarse entre ellas, sino también con las de orden constitucional en una articulación que, como es bien sabido en México desde 2011, en ocasiones no es fácil de llevar a cabo. Por si esto fuera poco, debe recordarse que la solución del ámbito constitucional doméstico eventualmente podría examinarse mediante los mecanismos que prevén el derecho internacional de los derechos humanos y el económico internacional (por ejemplo, en un arbitraje de inversión), y dicha respuesta debería ser solvente ante cualquiera de ellos, para prevenir la responsabilidad internacional del Estado.⁴

garantizar una interpretación armoniosa en el derecho internacional público moderno”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. XXI, 2021, disponible en: <http://bit.ly/3gQDx7G>, pp. 3-33; y Sánchez González, Alejandro, “The Interaction Between Convergent and Divergent Approaches of Global Law in the Field of Business and Human Rights”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. XXI, 2021, disponible en: <http://bit.ly/333DjBR>, pp. 35-59.

⁴ En México ya se han encarado de manera franca estas dificultades. En la acción de inconstitucionalidad 217/2020, promovida por la Comisión Nacional de Derechos Humanos contra reformas a la Ley Federal del Derecho de Autor y el Código Penal Federal, y aún *sub judice* al prepararse la versión final de este trabajo (véase: <http://bit.ly/3xHeTw2> [1 de mayo de 2021]), se plantearon cuestiones que involucran, al mismo tiempo, normas constitucionales y normas internacionales de

Sería ideal exponer y resolver esta problemática de una manera *integral y congruente*, es decir, que sea válida simultáneamente para el derecho constitucional, para el derecho internacional de los derechos humanos y para el derecho económico internacional. Esto sólo podrá lograrse con el análisis los distintos factores de la compleja interrelación entre dichos órdenes jurídicos para comprenderlos mejor, y buscando, a partir de ese conocimiento, una concepción que permita la concordancia de estas normas que, pese a ser de distinta naturaleza, confluyen en determinadas situaciones.⁵ Ante este panorama, el presente trabajo busca dentro del derecho internacional una respuesta óptima a los posibles conflictos entre sus ámbitos de derechos humanos y económico, que pudiera servir para avanzar en su aplicación en el orden doméstico en que estos conflictos incrementan su dificultad;⁶ especialmente considerando que, al menos en México, el derecho internacional aplicable en el ámbito interno debe entenderse como lo harían sus propios operadores.⁷

Del problema que constituye la fragmentación del derecho internacional puede advertirse que las visiones unilaterales, solipsistas, con una “pretensión hegemónica” fundada sobre la asunción de la plenitud de su propio ordenamiento,⁸ no son adecuadas para resolver las complicaciones de la concurrencia de los derechos humanos internacionales y el derecho económico internacional. Si las perspectivas aisladas han de rechazarse desde el punto de vista del mismo derecho de gentes, menos aún serán apropiadas para el orden doméstico que se halla simultáneamente vinculado a los mencionados extremos jurídicos internacionales.

Tampoco se ha reconocido como adecuada la idea de otorgar prevalencia absoluta a los “derechos humanos” sobre los meramente “económicos”, apalancada por la supuesta calidad de *ius cogens* de los primeros, y que por lo general, acompaña a la más amplia intención de “constitucionalizar” el derecho internacional. Aun con una visión favorable a la dignidad humana, hay muchas cuestiones teóricas y prácticas en el propio derecho internacional que son óbice a esa preferencia rigurosa por los “derechos humanos”, comienzan

derechos humanos y económicas. Véase la demanda de dicho asunto en: <http://bit.ly/3e2Imce> (consultada el 1 de mayo de 2021).

⁵ Esta visión claramente se inspira en la filosofía del pensamiento complejo, cuya piedra angular es un “principio dialógico” que (paradójicamente) “permite mantener la [diversidad] en el seno de la unidad [...] asocia dos términos a la vez complementarios y antagonistas” (Morin, Edgar, *Introduction à la pensée complexe*, París, Seuil, 2005, p. 99), y al que se acopla —como mandado a hacer— el examen de proporcionalidad, *cfr.* Klatt, Matthias, “Proportionality and Justification”, en Herlin-Karnell, Ester *et al.* (eds.), *Constitutionalism Justified. Rainer Forster in Discourse*, Nueva York, Oxford University Press, 2019, p. 184, donde se expone la complejidad de la proporcionalidad por sus simultáneas características de abstracción-concreción y universalidad-particularidad. Una aproximación a este “paradigma de la complejidad” para el derecho internacional puede verse en Sánchez González, *op. cit.*, p. 54.

⁶ *Cfr.* Niedrist y Figueroa Bello, *op. cit.*, p. 12, expresan que por la expectativa de que “en el futuro surgirá un mayor número de... conflictos entre diferentes regímenes de derecho internacional... el derecho internacional público debe proveer y garantizar una función de coordinación”.

⁷ *Cfr.* artículo 31.2, incisos b) y c), de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y “Derechos humanos. Su contenido no se limita al texto expreso de la norma que lo prevé, sino que se extiende a la interpretación que los órganos autorizados hagan al respecto”, Primera Sala, tesis 1a. CDV/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, lib. 12, noviembre de 2014, p. 714.

⁸ *Cfr.* Niedrist y Figueroa Bello, *op. cit.*, pp. 8 y 15.

do por los alcances mismos de este concepto y, hoy en día, es sencillamente impensable que el derecho económico internacional pase por alto el respeto a los derechos humanos.

Más próxima a una respuesta aceptable está la visión de una “integración sistémica” que la Comisión de Derecho Internacional de la ONU (CDI) ha propuesto. Aunque va en la dirección correcta, esta propuesta también ha sido insuficiente. En esencia, este principio importa simplemente la necesidad de que, en la aplicación de las normas internacionales de cierto ámbito especial, se consideren las pertenecientes a contextos jurídicos internacionales distintos que puedan ser relevantes. Si bien este es un punto de partida fundamental, resulta tan abstracto que no especifica una concepción que permita articular ámbitos jurídicos internacionales diversos.

En este trabajo se propone que la respuesta a estas dificultades se halla, en efecto, en una *interpretación sistémica, comprehensiva, holística e integradora* de las normas jurídicas internacionales relevantes a un caso particular, pero definida conforme a la aplicación de un *examen de proporcionalidad*, esencialmente similar al empleado en el derecho constitucional para resolver los conflictos entre los derechos fundamentales entre sí, y con otros principios que consagra la ley fundamental. Esto requeriría ubicar en un mismo plano a las normas internacionales diversas y divergentes, pero concurrentes en una situación particular, para examinar la afectación a los bienes que protegen, atendiendo al hecho de si con ella se busca alcanzar un fin legítimo, y si resultan idóneas, necesarias y proporcionadas para éste.

En primera instancia, se expondrán aspectos básicos de los regímenes internacionales de los derechos humanos y de la integración económica, con el fin de caracterizarlos y conocer sus fundamentos, así como su forma de operación (secciones II y III). Enseñada, dentro de la sección medular de este trabajo (IV), se discutirá la idea de “constitucionalización” del orden internacional y sus dificultades, y la “integración sistémica” propuesta por la CDI, contemplando sus aciertos y limitaciones; finalmente, se mostrará que el principio de proporcionalidad —muy conocido en el derecho constitucional y reconocido por el internacional— es clave para superar estos problemas, lo cual se encuentra respaldado por la práctica reciente.

II. Derechos humanos

1. Notas básicas

Con el surgimiento de un ámbito especializado en los derechos humanos, el escenario del derecho internacional público cambió de manera drástica.⁹ Tradicionalmente, el

⁹ Véase: Shaw, *op. cit.*, pp. 197-199.

derecho internacional reconoció como sujetos únicamente a los Estados, pero al atribuir a los individuos personalidad jurídica y hacerlos titulares de derechos humanos, atravesó las fronteras del Estado y en la actualidad se refiere a las relaciones entre éste y sus habitantes. A partir de este punto, el Estado ya no puede escudarse en su “soberanía” para incluso evadir intervenciones humanitarias, aunque las relaciones entre la protección de los derechos humanos y el principio de no intervención aún no se han afirmado en aspectos particulares.¹⁰

En primer lugar, antes de la Carta de las Naciones Unidas de 1945, que ya menciona los derechos humanos, salvo excepciones muy contadas —por ejemplo: piratería, esclavitud y algunos elementos del derecho humanitario—, todas las cuestiones que hoy consideramos propias de los “derechos humanos” eran “universalmente consideradas” como pertenecientes a la esfera interna de los Estados. Pero en cuanto fueron comprometidas a la comunidad internacional, o el sistema jurídico que rige ésta las ha cubierto de alguna u otra manera —por normas consuetudinarias o imperativas—, ya no puede decirse que la tutela de la dignidad humana y de los derechos que le son inherentes sea un asunto meramente doméstico.

En segundo lugar, el reconocimiento de los derechos humanos otorgó al individuo una relevancia de la que había carecido en el derecho internacional, al grado que adquirió relativa importancia determinar si el ser humano era o no uno de los sujetos de ese ámbito jurídico, pues supone la creación de derechos y obligaciones internacionales de los que sería destinatario directo.¹¹ Esta característica se muestra de manera puntual con el acceso que hoy tienen los individuos a diversas sedes internacionales para reclamar la violación de los derechos humanos que les reconocen diversos instrumentos internacionales.¹² Desde 1945, la expansión del derecho internacional de los derechos humanos ha sido imparable, aunque ha tenido que vencer múltiples resistencias y obstáculos.¹³

La Carta de las Naciones Unidas, apenas en pocas ocasiones mencionó el concepto de “derechos humanos”, sin caracterizarlos, enumerarlos ni expresar su contenido; de esta manera, su inclusión en este tratado internacional no supuso para los Estados

¹⁰ Cfr. Grimm, Dieter, *Souveränität. Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs*, Berlin, Berlin University Press, 2009, pp. 120-121.

¹¹ Pese a que la visión positivista, que tuvo su apogeo en el siglo XIX, consideró al Estado como el primordial —e incluso el único sujeto del derecho internacional— y negó la creación directa de derechos y obligaciones, no ha existido una tajante prohibición de la personalidad jurídica internacional del individuo, el cual se ha visto “crecientemente reconocido” como sujeto de derechos y obligaciones internacionales en los ámbitos relativos a los derechos humanos y a la protección de la inversión. Hubo antecedentes del individuo como sujeto del derecho internacional en la primera mitad del siglo XX, y debe recordarse que “[l]a esencia del derecho internacional ha sido siempre su preocupación última por el ser humano, y esto fue claramente manifiesto en los orígenes en el derecho natural del derecho internacional clásico”, Shaw, *op. cit.*, pp. 188-189; véase: Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 5a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 558-559 y 584-585.

¹² Sobre este punto, véase también: Becerra Ramírez, Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 60-61.

¹³ Véase: Schutter, Olivier de, *International Human Rights Law. Cases, Materials, Commentary*, 2a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 14-35.

—ni para sus gobiernos— asumir alguna obligación específica, lo que sin duda determinó la aceptación de dicho concepto en ese texto convencional. El siguiente paso fue formular un catálogo de derechos humanos, que se logró en 1948 con la Declaración Universal de los Derechos Humanos; no obstante, probablemente para lograr la adhesión de los Estados a sus términos, este catálogo fue propuesto como un instrumento no vinculante. Sólo hasta 1966, dieciocho años después, con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) —en vigor hasta 1976—, y su alcance global, no hubo en el derecho internacional un sistema de derechos humanos obligatorio con alcance “universal”, cuyo volumen han acrecentado los diversos tratados posteriormente celebrados con relación a diversos temas específicos (como la Convención sobre los Derechos del Niño y similares).

Sin embargo, precisamente esta “modestia” con que se acogieron los derechos humanos en las Naciones Unidas impulsó que diversas organizaciones regionales establecieran sus propios sistemas de protección de tales derechos.¹⁴ El Consejo de Europa alentó a sus Estados miembros para que firmaran, en 1950, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que al entrar en vigor en 1953, se convirtió en el primer tratado en esta materia que consagraba obligaciones jurídicas internacionales plenamente vinculantes para los Estados que son parte del mismo. Paralelamente a la ONU, en el seno de la Organización de los Estados Americanos hubo interés en promover los derechos humanos desde 1948, con un instrumento similar a la Declaración Universal de ese mismo año —pero expedida meses antes, en abril—, y la cual, a pesar de carecer de efecto vinculante, en la práctica fue aplicada a los Estados miembros de dicha organización regional, y continúa siéndolo en relación con aquellos que no son parte del Pacto de San José, firmado en 1969 (pero en vigor hasta 1978, evidentemente por la dificultad que supusieron los regímenes autoritarios que imperaban en esos años en diversos países del continente). En 1981, se adoptó la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul), que contiene innovaciones dignas de consideración para el derecho internacional de los derechos humanos. En 2004, se adoptó la Carta Árabe de Derechos Humanos, que entró en vigor cuatro años después, y de la cual se han criticado diversas disposiciones, señalando que no se avienen a reglas y estándares de derechos humanos generalmente reconocidos.

En términos generales, la consagración de los derechos humanos en el ámbito jurídico internacional ya no constituye una mera retórica, sino que va acompañada de un esfuerzo institucional que tiende a realizar su contenido. Todos estos tratados internacionales han creado mecanismos de garantía de los derechos humanos que consagran, y los cuales pueden ser de naturaleza jurisdiccional con efectos vinculantes para los Estados parte, o de carácter cuasijurisdiccional, cuyas resoluciones carecen de tales efectos. En todo caso, incluso los últimos tienen un *significado y peso políticos* muy importantes en

¹⁴ *Ibidem*, p. 23.

la dinámica y en el contexto de relaciones en que se inscribe el derecho internacional, tan diferentes a los propios del derecho interno.¹⁵

2. Posición jurídica internacional de los derechos humanos

El *ius cogens* es un conjunto de “ciertos principios dominantes de derecho internacional” de “relativa indelebilidad”,¹⁶ esencialmente caracterizados por la imposibilidad de sustraerse a su cumplimiento.¹⁷ Como lo define el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“Convención de Viena”), forman este conjunto las normas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional que no admiten acuerdo en contrario. Este concepto “se basa en la aceptación de *valores fundamentales y superiores* dentro del sistema [jurídico internacional], y en algunos aspectos se halla emparentado con la noción de *orden público*... en los sistemas jurídicos domésticos”.¹⁸

Hay opiniones doctrinales¹⁹ y jurisprudenciales²⁰ inclinadas a afirmar que las normas de derechos humanos forman parte del *ius cogens* y que, por ende, gozarían de máxima superioridad jerárquica y primacía absoluta frente a otras normas jurídicas internacionales. Sin embargo, visto con detenimiento, adjudicar esta supremacía a las normas de derechos humanos no es tan sencillo como parece, y determinar su posición dentro del orden jurídico internacional exige una visión matizada.

Las relativas a los derechos humanos son normas con características especiales dentro del derecho internacional general (con el que tienen una relación no siempre bien avenida). A este respecto, frecuentemente se invoca, por ejemplo, que imponen obligaciones *erga omnes* y que radican en tratados no (ostensiblemente) celebrados para que los Estados obtengan ventajas, sino para proteger a los individuos bajo su jurisdicción — lo que de suyo implica una restricción al ejercicio de las potestades estatales—. ²¹ Pero

¹⁵ Véanse: Shaw, *op. cit.*, p. 6, quien menciona como peculiaridad del derecho internacional las “ventajas o «recompensas»” que los Estados pueden obtener por su observancia; y Hurd, Ian, *How to Do Things with International Law*, Princeton, Princeton University Press, 2017, pp. 48-50, donde refiere que la conformidad con el derecho internacional permite a los Estados “mantener una buena posición [*good standing*] mientras alcanzan fines estratégicos, y en general mostrando que la «práctica estatal invierte en la autoridad discursiva del derecho»”. Una muestra de lo anterior fue la “tremenda deferencia al derecho internacional” que mostró el gobierno estadounidense en relación con la tortura de detenidos en su “guerra contra el terror”, al realizar importantes esfuerzos para demostrar que su conducta se ajustó a la convención contra la tortura de la ONU, configurando así la discusión como una cuestión jurídica, bajo la premisa legitimadora de que el derecho internacional debe ser acatado; *ibidem*, pp. 119 y 121-123.

¹⁶ Brownlie, *op. cit.*, p. 515.

¹⁷ Gómez Robledo, Antonio, *El ius cogens internacional (estudio histórico-crítico)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982, p. 94.

¹⁸ Shaw, *op. cit.*, p. 89 (cursivas añadidas por el autor de este artículo).

¹⁹ Cfr. García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 39-40; y Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2001, p. 145. Véase también: Schutter, *op. cit.*, pp. 72-73.

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (Colombia), *Caso de la Masacre de Segovia*, acta núm. 156, 13 de mayo de 2010, p. 68, citado por Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH), *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 24 de noviembre de 2010, § 169.

²¹ Cfr. Schutter, *op. cit.*, pp. 61-62.

estas particularidades no llevan, por sí solas, a aplicar a las normas de derechos humanos la supremacía que corresponde al *ius cogens*.

Desde un punto de vista simplista, establecer una norma internacional perentoria requiere: 1) la proposición de dicha norma y de la aplicación de tal calidad a ella, y sobre todo, 2) en vista de los efectos tan trascendentes de ese reconocimiento, su aceptación como tal por la comunidad internacional como un todo, una “aceptación universal” por una “*abrumadora mayoría* de Estados, que atravesase divisiones ideológicas y políticas”.²² Es fácil advertir que esto último supone una “considerable carga de la prueba” para quien proponga establecer una norma de *ius cogens*,²³ y que en el contexto del derecho de gentes ni siquiera la opinión de un tribunal internacional —por valiosa y útil que sea para tal efecto— basta para concluirla.

Desde otro punto de vista, el carácter *erga omnes* que se atribuye a las normas de derechos humanos, a veces ligado a que el respeto a los derechos humanos se reconoce como una excepción al principio de no intervención, tampoco es suficiente para adjudicar carácter perentorio a dichas normas. En primer lugar, a pesar de que ambas categorías podrían coincidir, *no son sinónimas ni intercambiables*: la calidad de *ius cogens* de una norma internacional significa que es jerárquicamente —y en este sentido, absolutamente— superior a otra, y representa una categoría mucho más reducida, en tanto que su carácter *erga omnes* alude a que cualquier Estado puede reclamar el cumplimiento de las obligaciones que impone, por ser debidas a “la comunidad internacional en su conjunto” —en los términos de *Barcelona Traction*—. ²⁴

III. Integración económica

1. Globalización y regionalización

La integración económica es un fenómeno muy complejo que tiene lugar mediante diferentes procedimientos y grados, que también puede verse desde distintas ópticas —política, económica y jurídica—. ²⁵ Las figuras con que este fenómeno se manifiesta son las siguientes, ordenadas en grado creciente de interrelación económica de los Estados: 1) sistema general de preferencias; 2) área o zona de libre comercio; 3) unión aduanera; 4)

²² Shaw, *op. cit.*, p. 90.

²³ Visscher, Charles de, *Théories et réalités en droit international*, 4a. ed., 1970, pp. 295-296, citado por Brownlie, *op. cit.*, p. 516.

²⁴ Sobre las complicaciones para identificar las obligaciones *erga omnes*, véase Kleinlein, Thomas, *Konstitutionalisierung im Völkerrecht. Konstruktion und Elemente einer idealistischen Völkerrechtslehre*, Berlín/Heidelberg, Springer, 2012, pp. 351-361.

²⁵ Véase: Pacheco Martínez, Filiberto, *Derecho de la integración económica. Implicaciones jurídicas en México (comercio exterior)*, 3a. ed., México, Porrúa, 2007, pp. 37 y ss.

mercado común; y 5) unión económica, que es “el más alto nivel de integración económica, a excepción de la derivada de una unión política completa”.²⁶ El tema se extiende de forma vasta en diversos campos, aun en el ámbito estrictamente jurídico; aquí únicamente se presentarán sus aspectos más importantes, a juicio propio.²⁷

La integración económica tiene, luego de la Segunda Guerra Mundial, una historia paralela, temporalmente coincidente con la del surgimiento y expansión del derecho internacional de los derechos humanos. Aun antes de finalizar este conflicto bélico, se sostuvo la convicción de que el libre comercio era indispensable para la paz y la prosperidad mundiales, y que el “proteccionismo competitivo” había contribuido a una espiral de conflictos políticos internacionales y, finalmente, a la guerra.²⁸

El resultado de esta orientación fue la celebración del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT: *General Agreement on Tariffs and Trade*) en 1947. El GATT tuvo por objeto “la creación de un sistema económico mundial, orientado por los principios de la economía de mercado”, llegó a convertirse en una verdadera organización internacional que con el tiempo dio lugar a un numeroso conjunto de acuerdos de política comercial, y fue reformado varias veces, hasta su sustitución por la Organización Mundial del Comercio.²⁹

Fueron dos los propósitos básicos del GATT: 1) consolidar los aranceles existentes al momento de su fundación, para evitar que se incrementasen, y 2) celebrar rondas de negociaciones para una mayor desgravación tarifaria y la creciente liberalización del comercio.³⁰ También son dos las reglas fundamentales del sistema del GATT, el “vehículo principal” para la liberalización comercial, que hoy se pueden ver como estipulaciones básicas de cualquier acuerdo sobre la materia:³¹ 1) el “trato nacional”, y 2) el “trato de nación más favorecida”;³² el primero significa la prohibición a los Estados miembros de

²⁶ *Ibidem*, p. 72. Véase también: Herdegen, Matthias, *Derecho económico internacional*, trad. de Katia Fach Gómez, Laura Carballo Piñero y Dieter Wolfram, Bogotá, UNAM-Fundación Konrad Adenauer-Universidad del Rosario, 2012, pp. 257-260.

²⁷ Para un muy amplio panorama de las repercusiones jurídicas de la globalización económica, véase: Serna de la Garza, José María, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, *passim*.

²⁸ Maswood, Javed, *International Political Economy and Globalization*, Singapur, World Scientific, 2000, pp. 2 y 28. En realidad, desde cierto punto de vista, podría hablarse de dos periodos de globalización en la historia: el primero, desarrollado entre 1870 y 1914, y marcado por la *Pax Britannica*; y el segundo, gestado luego de la Segunda Guerra Mundial, catalizado por la caída del comunismo y teniendo como signo la *Pax Americana* y la liberalización del comercio internacional; véanse: *ibidem*, p. 24 y Comin Comín, Francisco, *Historia económica mundial. De los orígenes a la actualidad*, Madrid, Alianza, 2013, pp. 409-412 y 663-674. Sobre el decisivo papel norteamericano en la segunda posguerra, véase Gomes, Leonard, *The Economics and Ideology of Free Trade. A Historical Review*, Cheltenham, Edward Elgar, 2003, pp. 292-294. Otra perspectiva hablaría de un solo proceso de mundialización, interrumpido durante el periodo correspondiente a las dos guerras mundiales: *cf.*: *ibidem*, pp. 249 y 301-302, y Godínez, Víctor M., “Una crónica sobre la economía mundial en el cambio de siglo”, en León, José Luis (coord.), *El nuevo sistema internacional. Una visión desde México*, México, FCE, Secretaría de Relaciones Exteriores, 1999, pp. 32-35 (sugiriendo esta idea, preguntándose si se trata de una *déjà vu*).

²⁹ Véase: Herdegen, *op. cit.*, pp. 174-178 y 184.

³⁰ *Ibidem*, p. 45.

³¹ Véanse como ejemplo los artículos 102.1, 301.2 1102, 1103 y 1105 del TLCAN. Las cláusulas de estos instrumentos son “notablemente uniformes y constituyen una valiosa práctica estatal”, aunque ésta debe tomarse con prudencia, a efecto de basar en ella el surgimiento de una norma consuetudinaria internacional (Shaw, *op. cit.*, p. 609).

³² El origen de este principio se remonta a la infancia de la liberalización comercial, a la primera era de globalización que se

discriminar las importaciones, una vez que hubieran entrado a su territorio, y tratarlas como si tuvieran su nacionalidad; y el segundo, la obligación de otorgar a los demás Estados parte los beneficios que otorguen a cualquier otro, de lo cual se exceptuaban las áreas de libre comercio.³³

2. Organización Mundial del Comercio (omc)

A escala mundial, la OMC conduce la integración económica;³⁴ los acuerdos que forman su régimen jurídico “son como la constitución comercial mundial”.³⁵ Se trata de una suerte de “confederación” regida por un muy amplio (sub)sistema jurídico que incluye disposiciones del GATT como propias.³⁶ Constituye un “marco institucional común para el desarrollo de las relaciones comerciales entre sus Miembros”, y un foro de negociaciones vinculadas con sus relaciones comerciales multilaterales,³⁷ así como un ámbito que da cauces para solucionar de modo objetivo las diferencias que se suscitan en esta materia. Esta organización tiene gran trascendencia para el ámbito doméstico de los Estados que forman parte de ella.³⁸

El orden jurídico de la OMC se compone por un conjunto unitario formado por el Acuerdo de Marrakech, que es el instrumento orgánico de esta institución, y por conjuntos de tratados internacionales “multilaterales” y “plurilaterales” que, conforme a los artículos II.2 y II.3 del primer instrumento, forman parte integral del mismo. El procedimiento de solución de diferencias de la OMC es “la piedra angular del sistema multilateral de comercio y una contribución excepcional de [esta organización] a la estabilidad de la economía mundial”.³⁹ Este mecanismo compositivo consta de dos instancias sucesivas: el Órgano de Solución de Diferencias (*Dispute Settlement Body*) y el Órgano de Apelación (*Appellate Body*).

mentaron, incluyéndose en el tratado comercial anglo-francés de 1860. Gomes, *op. cit.*, p. 249.

³³ Cfr. Maswood, *op. cit.*, pp. 30-31. Véase: Herdegen, *op. cit.*, pp. 184-203.

³⁴ Cfr. Bal, Lider, *Le mythe de la souveraineté en droit international. La souveraineté des États à l'épreuve des mutations de l'ordre juridique international*, tesis de doctorado, Estrasburgo, Universidad de Estrasburgo, 2012, disponible en: <http://bit.ly/2lrkuqf>, pp. 527-528, quien considera a la OMC como la vanguardia en el surgimiento de un “derecho económico global” y por la “expresión más concreta” de “la idea kantiana” sobre la “importancia crucial de la cooperación económica” para el derecho internacional [se cita a Hélène Ruiz Fabri para esta última idea].

³⁵ Hestermeyer, Holger, “International Human Rights Law and Dispute Settlement in the World Trade Organization”, en Scheinin, Martin (ed.), *Human Rights Norms in 'Other' International Courts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, p. 201: “The WTO Agreements are akin to the world's trade constitution”.

³⁶ Cfr. Maswood, *op. cit.*, pp. 288-290. Véase OMC, *Panorama general: guía de navegación*, Ginebra, 1 de mayo de 2021 disponible en: <http://bit.ly/2dvR5a9>.

³⁷ Véanse los artículos II y III del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, disponible en: <http://bit.ly/1ST9g7q>.

³⁸ Para un análisis de la OMC desde la perspectiva constitucional, véase: Serna de la Garza, *op. cit.*, pp. 148-151.

³⁹ Para comprender este procedimiento de manera sencilla, véase: OMC, *Una contribución excepcional*, Ginebra, 1 de mayo de 2021, disponible en: <http://bit.ly/1QWlXH2>. Respecto a la comparación entre los sistemas compositivos del GATT y de la OMC, véanse: Maswood, *op. cit.*, 45-49, y Shaw, *op. cit.*, pp. 750-752.

3. Libre comercio

La forma “fundamental y básica” de la integración económica es la constitución *convencional* de una “zona de libre comercio”, un conjunto de territorios aduaneros entre los cuales se tiene el propósito general de eliminar las restricciones a los intercambios comerciales, relativos a los productos originarios de los Estados que la componen, con el fin de que circulen libremente en sus territorios,⁴⁰ y que también tiende a un libre flujo de servicios y de capitales. En adelante, al hablar de “integración económica” se hará referencia primordialmente a esta manifestación de dicho fenómeno, considerando que lo dicho a su respecto *mutatis mutandi* podría aplicar a otras manifestaciones de éste. Por ser el más importante para el contexto mexicano, su referente obligado es el ya vigente T-MEC —sucesor del TLCAN—,⁴¹ sin dejar de considerar que existen otros instrumentos y variedades de integración.⁴²

4. Protección de la inversión extranjera

Un muy relevante aspecto del libre comercio, que ha dado lugar a una sección obligada de sus correspondientes tratados, es el régimen de la inversión extranjera.⁴³ Como factor de crecimiento económico, este flujo de capital y la actividad comercial guardan estrecha relación por el incremento de producción que la primera ocasiona, el movimiento de personas y tecnología, así como la importancia de las exportaciones para la balanza comercial de un país.⁴⁴

Tradicionalmente, la tutela jurídica internacional de la inversión foránea era parte del derecho de extranjería, y se realizaba mediante la “protección diplomática”,⁴⁵ que consiste en la invocación por parte de un Estado, a través de un medio diplomático de solución de controversias (negociación, buenos oficios, entre otros), de la responsabilidad de otro por incumplir respecto de un nacional del primero el estándar mínimo de trato a los extranjeros, conforme al derecho internacional que, “[e]n razón de la evolución material del derecho internacional en el curso de los últimos decenios... se ha extendido... para incluir particularmente los derechos humanos internacionalmente garantizados”.⁴⁶

⁴⁰ Véase: Pacheco Martínez, *op. cit.*, pp. 53-59. *Cfr.*: artículo 102 del TLCAN.

⁴¹ Secretaría de Gobernación, “Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá”, *Diario Oficial de la Federación*, 29 de junio de 2020. Por su importancia histórica y porque aún persisten algunas de sus consecuencias, se continuará mencionando el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).

⁴² Véase Herdegen, *op. cit.*, pp. 270-277.

⁴³ *Cfr. Ibidem*, pp. 383 y 386. Véanse los capítulos 14 del T-MEC y XI del TLCAN. Para una amplia exposición del impacto constitucional del tema, en general y con referencia a México —incluyendo un análisis del caso *Metalclad*—, véase Serna de la Garza, *op. cit.*, pp. 205-238.

⁴⁴ *Cfr.*: González de Cossío, Francisco, *Arbitraje de inversión*, México, Porrúa, 2009, pp. 7-11; Herdegen, *op. cit.*, pp. 374-376; y Maswood, *op. cit.*, p. 12.

⁴⁵ Herdegen, *op. cit.*, p. 383; y González de Cossío, *op. cit.*, p. 21. Sobre la protección diplomática, véanse, en general, *ibidem*, pp. 31-32, Brownlie, *op. cit.*, pp. 406-407, y Shaw, *op. cit.*, pp. 588-590 y 735-742.

⁴⁶ CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, excepciones preliminares, 24

Si bien los “tradicionales Tratados de amistad, comercio y navegación” incluyeron estipulaciones sobre “la admisión y la protección de las inversiones”, y aún hoy tienen cierta importancia, desde hace algunas décadas, la protección de la inversión extranjera se produce mediante convenciones más sofisticadas que “ofrecen un mayor grado de precisión”: los acuerdos para la promoción y protección recíproca de las inversiones (APPRI, o por sus siglas inglesas: BIT, *Bilateral Investment Treaty*, que en español corresponden a TBI).⁴⁷ Estos últimos instrumentos pueden ser autónomos o, como se ha señalado, parte integral de un más amplio tratado de libre comercio.

En un principio, los TBI no previeron algún procedimiento para garantizar los derechos que otorgaban a los inversionistas, sino que se limitaban a referir a una solución interestatal de controversias. Fue hasta finales de los años ochenta del siglo XX que se les añadió una cláusula compromisoria de arbitraje, con base en la cual se otorga al inversionista el derecho de reclamar al Estado anfitrión, en un procedimiento que constituyó un “relativamente nuevo desarrollo del derecho económico internacional”: el *arbitraje de inversión*.⁴⁸

El desarrollo de estos arbitrajes se ha efectuado primordialmente a través del Centro para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI, en inglés: ICSID, *International Centre for the Settlement of Investment Disputes*) del Banco Mundial, al lado de otras instituciones de menor importancia.⁴⁹ Hoy existe una importante colección de laudos arbitrales en materia de inversión que acrecienta el número de elementos jurídicos internacionales que se deben tomar en cuenta para temas relacionados con el libre comercio. Este conjunto normativo constituye una rica jurisprudencia, muy útil en relación con el derecho humano de propiedad y sus garantías.⁵⁰

IV. Interpretación sistémica y proporcional

1. ¿“Constitucionalización” del derecho internacional?

En el derecho internacional se ha hablado de una permanente tensión entre las normas relativas a los derechos humanos y las de materia económica, que de muchas maneras contribuye para concluir que unas suponen la insatisfacción de las otras. Avivan esta

de mayo de 2007, <http://bit.ly/39BX719>, p. 599, § 39 (citando a la Comisión de Derecho Internacional de la ONU).

⁴⁷ Herdegen, *op. cit.*, p. 386. El primer TBI se celebró el 25 de noviembre de 1959 entre Alemania y Pakistán, y marcó “la etapa decisiva en el camino a un moderno derecho internacional de las inversiones”; Scheu, Julian, *Systematische Berücksichtigung von Menschenrechten in Investitionsschiedsverfahren*, Baden-Baden, Nomos-III, 2017, p. 17.

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 101-102.

⁴⁹ Véanse: Herdegen, *op. cit.*, pp. 409-410, González de Cossío, *op. cit.*, pp. 32-34, y Shaw, *op. cit.*, pp. 752-755.

⁵⁰ Invocada por la misma CoIDH en *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, excepción preliminar y fondo, 6 de mayo de 2008, § 97 (núm. 93).

tensión los deberes fundamentales de *respetar, proteger y promover* los derechos humanos⁵¹ que imponen a los Estados numerosas obligaciones positivas.

Una respuesta a este dilema ha sido atribuir a las normas de derechos humanos superioridad jerárquica dentro del derecho internacional. Así, se ha considerado que las normas de derechos humanos *prevalecerían absolutamente* sobre los tratados de inversión,⁵² y que “permean otras áreas del derecho internacional” que deberían interpretarse “consistentemente” con ellas.⁵³ Esta supremacía es impulsada por la idea de que los derechos humanos son “constitucionales” del orden público internacional, en tanto reflejan “valores fundamentales”.⁵⁴

Resulta muy seductor transportar el paradigma constitucional al derecho internacional,⁵⁵ lo cual se ha intentado con base en diferentes fundamentos⁵⁶ y puntos de partida.⁵⁷ Esta posición tiene un grado de razón en tanto que “[u]n análisis del derecho internacional con el auxilio de parámetros constitucionales” impulsaría la legitimidad del ejercicio del poder, el control de éste y la garantía de los derechos, entre otros; pero no es posible transportar tal cual la concepción constitucional doméstica al orden internacional, sino que requiere ser una más “abierta, pluralista y [en especial] *discursiva*” para reconocer e integrar las peculiaridades de este ámbito jurídico; de tal modo, la “constitucionalización *en el* derecho internacional [cursivas en el original] se apoya[ría] menos en una fuerte afirmación de normas, sino más bien en crear cargas de justificación (*Begründunglast*)”.⁵⁸

⁵¹ Desde una perspectiva personal, se puede opinar que con el afán de no dejar resquicio para la ineficacia de los derechos humanos, este ámbito jurídico internacional ha sido sumamente prolijo al definir y clasificar estas obligaciones, y en general, en este punto imperan el desacuerdo, la ambigüedad y la vaguedad; véase Salazar Ugarte, Pedro *et al.*, *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, México, Senado de la República, Instituto Belisario Domínguez, 2014, disponible en: <http://bit.ly/2yDMzB2>, pp. 111-117. Sin embargo, por su precisión y carácter comprensivo, se ha fortalecido y ha ganado adeptos la tríada de obligaciones básicas del Estado frente a los derechos humanos que consisten en *respetar, proteger y satisfacer (fulfil)* —que, como se ha señalado, debería sustituirse por “promover”, término aún más exacto—; esta tipología es paradigmática para el derecho internacional de la inversión; véanse: Schutter, *op. cit.*, pp. 280-281; Krommendijk, Jasper y Morijn, John, “‘Proportional’ by What Measure(s)? Balancing Investor Interests and Human Rights by Way of Applying the Proportionality Principle in Investor-State Arbitration”, en Dupuy, Pierre-Marie *et al.* (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 422; y Mouyal, Lone Wandahl, *International Investment Law and the Right to Regulate. A Human Rights Perspective*, Nueva York, Routledge, 2018, pp. 115-116.

⁵² Cfr. CoIDH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, 29 de marzo de 2006, § 140.

⁵³ Lixinski, Lucas, “Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law”, *European Journal of International Law*, Oxford, Oxford University Press, vol. 21, núm. 3, agosto de 2010, disponible en: <http://bit.ly/1nRD3Lj>, p. 590.

⁵⁴ Cfr. *Loizidou c. Turquía*, núm. 15318/89, excepciones preliminares, 23 de marzo de 1995, § 75 y 93 (refiriendo “*la Convention en tant qu’instrument constitutionnel de l’ordre public européen*” [énfasis añadido]); TEDH, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, núms. 5095/71, 5920/72 y 5926/72, fondo, 7 de diciembre de 1976, § 53; y CoIDH, *Masacre de Maripán vs. Colombia*, fondo, reparaciones y costas, 15 de septiembre de 2005, § 104.

⁵⁵ Entre los últimos intentos está Ferrajoli, Luigi, *Constitucionalismo más allá del Estado*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2018, pp. 41-46.

⁵⁶ Con apoyo en autores clásicos como Vitoria, Suárez, Leibniz (como defensor de un iusnaturalismo racional), Wolff, y como “referencia central” para conceptos actuales del derecho internacional, Kant. Véase Kleinlein, *op. cit.*, pp. 235 y ss.

⁵⁷ Un ejemplo basado en la teoría de los principios de Robert Alexy puede verse en Eggett, Craig, “The Role of Principles and General Principles in the ‘Constitutional Processes’ of International Law”, *Netherlands International Law Review*, La Haya, Springer-Asser Press, vol. 66, núm. 2, julio de 2019, disponible en: <http://bit.ly/2mcRR08>, pp. 197-217.

⁵⁸ Cfr. Kleinlein, *op. cit.*, pp. 685-687 (cursivas añadidas, salvo indicación de lo contrario).

No es tan fácil hablar de un “orden normativo superior” en el derecho de gentes, aun pasando por alto el nada insignificante obstáculo pragmático que consiste en que “[l]os Estados siempre han mostrado renuencia a la frecuentemente proclamada ‘constitucionalización’ del derecho internacional”, y han “escogido no establecer un sistema internacional en que se atribuya explícitamente a los derechos humanos una fuerza normativa superior”, lo que, por ejemplo, explica la ausencia de referencia explícita a los derechos humanos en la jurisprudencia del Órgano de Apelación de la OMC.⁵⁹ La idea de “constitucionalizar” el derecho internacional enfrenta inconvenientes teóricos, particularmente en su versión apoyada en las características del *ius cogens* y de las obligaciones *erga omnes* del derecho de gentes, ambas nociones frecuentemente enlazadas con los derechos humanos.⁶⁰ Enseguida serán resumidos algunos de dichos inconvenientes.

En el derecho internacional existe una variedad de jerarquías —mejor dicho, diferentes grados de fuerza normativa— entre los extremos del *ius cogens* y del *soft law*, pero de esta diversidad no pueden simplemente enlazarse consecuencias para resolver conflictos de normas de modo general,⁶¹ una de las consabidas funciones de la ley fundamental y de su supremacía en el ordenamiento doméstico.⁶² La ausencia de una autoridad diferente a los destinatarios del derecho internacional y la de una “fuente jurídica independiente (*eigenständig*)” —al estilo de la “norma fundamental” kelseniana— no permiten reconocer supremacía objetiva a alguno de los elementos de dicho sistema jurídico, ni siquiera a los derechos humanos como valores superiores comunes; en el mejor de los casos, éstos tendrían una primacía *prima facie*, sujeta a ponderación casuística.⁶³ Aún son controvertidos algunos elementos conceptuales esenciales y las consecuencias del *ius cogens* y de las obligaciones *erga omnes*, por lo que no puede inmediata y generalmente atribuirse a estas normas la capacidad para invalidar otras que les sean opuestas.⁶⁴

Así, la existencia de normas internacionales perentorias, que incluiría “derechos humanos fundamentales” a que se ha reconocido esa calidad, sin duda es un paso importante, pero insuficiente aún para pensar en una “ley suprema de la comunidad internacional” que cumpla las funciones de la Constitución en el ordenamiento doméstico.⁶⁵ Mucho podría discutirse sobre lo anterior, pero lo cierto es que, exceptuando las reconocidas como *ius cogens* y sin perjuicio de su “papel [paulatinamente] más predominante en el derecho internacional general”,⁶⁶ no hay en este sistema jurídico una posición

⁵⁹ Hestermeyer, *op. cit.*, p. 225.

⁶⁰ Sin perjuicio de las siguientes referencias específicas, véase: Kleinlein, *op. cit.*, pp. 315 y ss.

⁶¹ *Ibidem*, p. 320.

⁶² Véase: Guastini, Riccardo, “La Constitución como límite a la legislación”, trad. de Miguel Carbonell, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, pp. 47-58.

⁶³ *Cfr.* Kleinlein, *op. cit.*, pp. 323-331.

⁶⁴ *Cfr. Ibidem*, pp. 337 y 361-362. En relación con el *ius cogens*, *cfr.* Comisión de Derecho Internacional (ONU), *op. cit.*, pp. 184 y 188-190 (señalando que, si bien tiene superioridad jerárquica, su formulación es generalmente indeterminada).

⁶⁵ *Cfr.* Kleinlein, *op. cit.*, p. 328.

⁶⁶ Mouyal, *op. cit.*, p. 99.

consolidada, en el sentido de que las normas de derechos humanos se imponen de modo general a las del ámbito económico, por lo cual ambas deben verse en el mismo plano.⁶⁷

El postulado de que en el orden internacional los derechos humanos han de prevalecer absolutamente sobre cualquier otra disposición es, al cabo, determinado de modo *ideológico*, no totalmente, aunque sí en buena medida, resulta de la inclinación —y del interés— de conceder superioridad a su materia por parte de sus órganos garantes.⁶⁸ Y la misma orientación tiene la alegada tendencia del arbitraje de inversión —que *mutatis mutandi* aplicaría a otros ámbitos del derecho económico internacional— a favorecer a la parte actora frente al Estado demandado,⁶⁹ y el acento en sus aspectos privados que tradicionalmente han negado relevancia en él a los derechos humanos,⁷⁰ aunque estos lugares comunes han perdido vigor en los últimos lustros.⁷¹

Hace aproximadamente quince años, un grupo de trabajo (encabezado por Martti Koskenniemi) de la CDI diagnosticó los problemas de coordinación entre los regímenes especializados internacionales: 1) “no hay disponible un *metasistema homogéneo, jerárquico*, para deshacerse de tales problemas”; 2) son “oscuras o ambivalentes” las “cláusulas de conflicto” que la práctica reciente ha desarrollado para lidiar con los potenciales conflictos entre los tratados;⁷² 3) “[e]l complejo entero de las relaciones entre regímenes es en el

⁶⁷ Cfr. Scheu, *op. cit.*, p. 222; y Mouyal, *op. cit.*, p. 105.

⁶⁸ Cfr. Scheu, *op. cit.*, pp. 221-222, acentúa que en el caso citado *supra*, la CoIDH no emprendió una “fundamentación más detallada” para justificar la superioridad del Pacto de San José frente al TBI que relegó, y con una visión más matizada sobre el mismo caso y otros, Nikken, Pedro, “Balancing of Human Rights and Investment Law in the Inter-American System of Human Rights”, en Dupuy, Francioni y Petersmann (eds.), *op. cit.*, *passim* y pp. 265-270, señalan que, aunque la CoIDH intentó ponderar en aquel asunto, reiteró su tendencia a hacer prevalecer absolutamente los derechos humanos sobre los económicos, pero sin que esta opinión sea conclusiva a la luz del derecho internacional general contemporáneo.

⁶⁹ Cfr. Mouyal, *op. cit.*, pp. 16-17, señala el interés económico de instituciones y árbitros como base de la parcialidad recriminada a este mecanismo, así como Hirsch, Moshe, “Investment Tribunals and Human Rights: Divergent Paths”, en Dupuy, Francioni y Petersmann (eds.), *op. cit.*, p. 109. Esta inclinación favorable al inversionista fue validada en *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID núm. ARB/02/6, competencia, 29 de enero de 2004, disponible en: <http://bit.ly/2zqLFrI>, § 116, se afirma que, siendo “[e]l TBI un tratado para la promoción y la recíproca protección de las inversiones... es legítimo resolver incertidumbres en su interpretación de manera que se favorezca la protección de las inversiones que cubre”, pero contradicha en *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID núm. ARB/01/11, laudo, 12 de octubre de 2005, disponible en: <http://bit.ly/2W4ufJn>, § 52: “no es permisible, como frecuentemente se hace con los TBI, interpretar [sus] cláusulas exclusivamente a favor de los inversionistas” (cursivas suprimidas); se señala que aquella posición absolutamente favorable al inversionista *no es pacífica*, y se la critica por contravenir la “universal pretensión de tutela de los derechos humanos” y los fines de política económica de los Estados parte de los TBI, y no sólo a la protección privada del inversionista —lo que en este ámbito tiene muchas más implicaciones—; véase: Scheu, *op. cit.*, pp. 139-140.

⁷⁰ Cfr. Hirsch, *op. cit.*, pp. 112-114, expresa que la relativa renuencia de los tribunales de inversión a involucrarse en cuestiones de derechos humanos se debe a su intención de evadir controversias ideológicas que mayormente tales derechos suscitan, mas previendo su creciente importancia; Brabandere, Eric de, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law: Procedural Aspects and Implications*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, pp. 129 y 143, señala la mencionada renuencia de los tribunales de inversión; y Reiner, Clara y Schreuer, Christoph, “Human Rights and International Investment Arbitration”, en Dupuy, Francioni y Petersmann (eds.), *op. cit.*, p. 82, indican lo “altamente inusual” de que un TBI prevea la protección de derechos humanos.

⁷¹ Particularmente, contraviene ambos el ya famoso caso *Philip Morris Brand Sàrl y otros vs. República Oriental del Uruguay* (CIADI núm. ARB/10/7, laudo final, 8 de julio de 2016, disponible en: <http://bit.ly/2WskjLH>), en que prevaleció el Estado demandado y su derecho a proteger la salud frente al interés económico de las actoras, con base en una aplicación —incorrecta, según opinión particular— del margen de apreciación nacional del TEDH.

⁷² Como serían algunos cánones usuales, según una perspectiva personal: *effet utile*, *pro homine*, etcétera, los cuales tienen utilidad, pero limitada.

presente un *agujero negro*”, y hay que preguntarse por los “principios de solución de conflictos [que] podrían usarse para lidiar con los conflictos entre regímenes”; 4) “pocas instituciones quedan para hablar el lenguaje del derecho internacional general con el objetivo de regular, a un nivel universal, relaciones que *no pueden reducirse a la realización de intereses especiales* y que van más allá de la coordinación técnica”; y 5) se propone una “*reformulación*’ del derecho internacional general en formas diferentes a la codificación y al desarrollo progresivo —no como sustituto sino como suplemento de éstas—”.⁷³

Se requiere, entonces, de un “punto de vista más principal (*principled*)” que considere los subsistemas desde el terreno común del sistema del derecho internacional (general).⁷⁴ Esto podría alcanzarse mediante la compleja y sucesiva interacción de tres aspectos: 1) principio de “integración sistémica”; 2) fijación de un común denominador en el contexto respectivo; y 3) examen de proporcionalidad.

2. Integración sistémica

Basado en el artículo 31.3.c) de la Convención de Viena, por el cual las disposiciones de los tratados también deben interpretarse a la luz de “[t]oda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”,⁷⁵ el principio de integración sistémica es la solución que propuso el referido grupo de trabajo de la CDI para aplicar las normas de un régimen especializado del derecho internacional, en consonancia con las de otra rama.⁷⁶ En términos prácticos, dicho principio indica que el intérprete debe “situar las normas invocadas... en el contexto de otras normas y principios que podrían ser relevantes en un caso”, con lo cual la aplicación jurídica toma como referente un “ambiente jurídico más amplio”: el del “‘sistema’ del derecho internacional como un todo”.⁷⁷

Este principio se apoya en dos presunciones:⁷⁸ 1) una positiva, que supone la intención de las partes por referirse a principios generales del derecho internacional para todas las cuestiones que el tratado no resuelve expresamente; y 2) otra negativa, en el sentido de que al celebrar un tratado, los Estados parte no pretendieron actuar de modo incongruente con principios jurídicos internacionales generalmente reconocidos, ni con obligaciones convencionales previamente asumidas para con otros Estados.⁷⁹

⁷³ Cfr. Véase: Comisión de Derecho Internacional (ONU), *op. cit.*, pp. 249, 251, 253, 255 y 256 (cursivas añadidas).

⁷⁴ Cfr. Krommendijk y Morijn, *op. cit.*, p. 427.

⁷⁵ Cfr. Tribunal Permanente de Justicia Internacional (TPIJ), *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (Allemagne c. Pologne)*, objeciones preliminares, 25 de agosto de 1925, serie A, núm. 6, disponible en: <http://bit.ly/2RdIZXr>, p. 18: “la interpretación de otros acuerdos internacionales entra incuestionablemente dentro de la competencia de la Corte si esta interpretación debe ser considerada como incidente en la decisión de un punto para el cual ella es competente”.

⁷⁶ Cfr. Mouyal, *op. cit.*, p. 58. Véase: Comisión de Derecho Internacional (ONU), *op. cit.*, pp. 206-244 (§ 410-480).

⁷⁷ Comisión de Derecho Internacional (ONU), *op. cit.*, p. 243 (§ 479).

⁷⁸ *Ibidem*, p. 234 (§ 465).

⁷⁹ Este principio de conservación (*ut res magis valeat quam pereat*) pertenece al derecho internacional público y deriva el concepto de buena fe en la interpretación de los tratados del artículo 31.1 de la Convención de Viena. Cfr. Grupo Especial (OMC), *Indonesia – Certain Measures Affecting the Automobile Industry*, WT/DS54/R *et al.*, informe del 2 de julio de 1998

Así, el artículo 31.3.c) de la Convención de Viena funda la posibilidad, y aun la obligación, de invocar en un régimen especializado internacional las normas de otro que también sean pertinentes al caso.⁸⁰ Esto no es novedoso en el derecho internacional, y tampoco para la relación entre los derechos humanos y el derecho económico internacional: la CoIDH ha tomado como referente laudos arbitrales de inversión para analizar la expropiación;⁸¹ ha sido creciente la relevancia de los derechos humanos en el arbitraje de inversión, primordialmente cuando los Estados demandados usan sus obligaciones positivas de protegerlos y promoverlos como defensa en estos procedimientos;⁸² y el Órgano de Apelación de la OMC ha empleado consideraciones propias del ámbito de los derechos humanos sin referencias explícitas —pues en su seno hay gran renuencia a hacerlo—, pero “mostr[ando] respeto y deferencia” a “valores” desvinculados del comercio en la interpretación de disposiciones del régimen de la OMC que “pueden servir[les] como punto de entrada”, de una manera tímida pero que podría llegar a asemejarse a lo que hizo el Tribunal de Luxemburgo para introducir los derechos humanos al ámbito de la actual Unión Europea.⁸³

La articulación de diversos regímenes jurídicos, cuya aplicación concurre en determinadas situaciones, es deseable por motivos normativos y prácticos. Entre los primeros, puede anotarse que el cumplimiento de sus normas no es una mera formalidad, sino que busca satisfacer fines sustantivos y específicos que siempre son más o menos valiosos, y en todo caso, busca el objetivo general de prevenir el ejercicio arbitrario del poder en las relaciones internacionales.⁸⁴ Derivado de lo anterior, prevenir la responsabilidad del Estado es un motivo práctico suficiente por las implicaciones políticas e incluso económicas que puede representarle,⁸⁵ y que una visión parcelada del orden jurídico internacional propiciaría resolver una cuestión exclusivamente para el derecho internacional de los derechos humanos, que puede desembocar en responsabilidad desde la perspectiva jurídica económica internacional, y viceversa.

Es difícil pensar que podría haber una objeción a este ideal; una solución compartida e integral es mejor que una parcial, sencillamente porque supone que no deja de satisfacer un ámbito jurídico especializado, aunque busca también avenirse con

(adoptado el 23 de julio de 1998), disponible en: <http://bit.ly/3xFyAhC>, § 5.349.

⁸⁰ Cfr. Mouyal, *op. cit.*, p. 59.

⁸¹ *Idem.*

⁸² Véanse: Reiner y Scheuer, *op. cit.*, pp. 88-94; Brabandere, *op. cit.*, pp. 129-130 y 141-147; Hirsch, *op. cit.*, pp. 99-105; Mouyal, *op. cit.*, pp. 146-151, y señalando nuevos problemas en torno a la invocación de derechos humanos en el arbitraje de inversión por los Estados demandados —y por los particulares reclamantes—, Baetens, Freya, “Invoking Human Rights. A Useful Line of Attack or a Defence Tool for States in Investor-State Dispute Settlement?”, en Scheinin, *op. cit.*, pp. 259-262.

⁸³ Cfr. Hestermeyer, *op. cit.*, pp. 217-218 y 223-226. Sobre la introducción pretoriana de los derechos humanos por el Tribunal de Luxemburgo, véase: Rosas, Allan y Armati, Lorna, *EU Constitutional Law. An Introduction*, Oxford, Hart, 2010, pp. 143-162.

⁸⁴ Véase: Ruiz Valerio, José, “El Estado de derecho internacional. Una aproximación cartográfica a su definición”, en Bercerra Ramírez, Manuel y González Martín, Nuria (coords.), *Estado de derecho internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 49-72.

⁸⁵ *Idem.*

otro. Pero las dificultades comienzan cuando se dan pasos concretos para cumplir ese propósito.

El principio de integración sistémica es sólo un *lugar común*, sumamente abstracto, que puede implementarse con diferentes alcances y de múltiples maneras, en especial por los diversos sentidos que pueden atribuirse al artículo 31.3.c) de la Convención de Viena. Se ha tratado de perfilarlo sosteniendo, por un lado, que debe basarse en una interpretación amplia de esa disposición convencional,⁸⁶ y por el otro, que su límite —como el de todo canon interpretativo— es “discernir el significado del texto empleado”, y “no puede usarse ‘para desarrollar interpretaciones... que parecen subvertir la intención común de las partes del tratado’”.⁸⁷ Señalar un objetivo metodológico no es poca cosa, pero la integración sistémica no va más allá, y en eso radica su limitada utilidad práctica y la imposibilidad de tenerlo como una respuesta definitiva al problema de la fragmentación del derecho internacional, así como la necesidad de que los integrantes de la comunidad internacional se ajusten simultáneamente a todos sus subsistemas.

3. Común denominador

El principio de integración sistémica no basta para articular las normas de ambos órdenes,⁸⁸ pues entre otros motivos, no sería difícil hallar reticencias a una visión que pretenda integrarlos. De cara a lo anterior, un elemento crucial para fortalecer la integración sustantiva de diversos ámbitos del derecho internacional es hallar una manera en que su distanciamiento se atempere, implementando un “común denominador” que permita a un régimen aproximarse a las normas pertenecientes al otro, si no asimilarlas.

Ya que es imposible comparar peras con manzanas, resulta necesario un “común denominador” para acercar subsistemas jurídicos internacionales, no sólo especializados y diversos, sino “autocontenidos” (*self-contained*),⁸⁹ parcelarios y quizás aun sectarios. La clausura de estos subsistemas imposibilita el diálogo entre ellos y, de acuerdo con su creencia de plenitud propia, evita apreciar el carácter *multidimensional* que pueden tener los hechos a que simultáneamente se refieren.⁹⁰ Como última consecuencia, esta deficiencia obstaculiza que sus conflictos se resuelvan de manera integral, con una solu-

⁸⁶ Véase: McGrady, Benn, *Trade and Public Health. The WTO, Tobacco, Alcohol and Diet*, Nueva York, Cambridge University Press, 2013, pp. 45-74, quien expone diversas aproximaciones al mencionado artículo de la Convención de Viena, y se inclina por descartar su interpretación restrictiva para darle máxima efectividad, y permitirle flexibilidad al intérprete —pero anotando la posibilidad de activismo judicial, como consecuencia—.

⁸⁷ Hestermeyer, *op. cit.*, p. 212, cita al Órgano de Apelación [OMC], *Peru – Agricultural Products*, WT/DS457/AB/R, § 5.94.

⁸⁸ *Cfr.* Scheu, *op. cit.*, p. 165, advierte contra la sobrevaloración de esta “mera regla de interpretación”; y Brabandere, *op. cit.*, p. 140, señala que la integración sistémica es “de poco provecho al resolver conflictos entre tratados”.

⁸⁹ Uno de los conceptos clave de la fragmentación del derecho internacional. Véase: Comisión de Derecho Internacional (ONU), *op. cit.*, pp. 65-73 (§ 123-137).

⁹⁰ *Cfr.* Niedrist y Figueroa Bello, *op. cit.*, p. 15, afirman que la confianza “en la fuerza de su estructura institucional” y su creencia en la propia plenitud llevan a la clausura de los subsistemas jurídicos internacionales; y Morin, *op. cit.*, p. 93, contraponen la “multidimensionalidad” a la “unidimensionalidad”, y concluye que ésta es “parcelaria y pobre”, y que la plenitud sólo se identifica con la primera.

ción compartida y satisfactoria para todos los regímenes confrontados, lo que, lejos de conjurar, propicia la responsabilidad internacional de los Estados.

La elaboración de un “común denominador” que ubique en un mismo plano normas y regímenes jurídicos disímiles podría darse de muchas maneras, según su contexto de aplicación. Si el régimen correspondiente tuviera una cláusula de apertura —como el artículo 1o., párrafo segundo, de la Constitución mexicana—, la consideración de normas ajenas sería directa y prácticamente llana, sin mayores esfuerzos. Pero en otros contextos se requerirán esfuerzos argumentativos más o menos elaborados, como buscar las coincidencias materiales entre las normas propias del sistema especializado y las extrañas a éste, especialmente para interpretar las disposiciones propias a la luz de las integrantes de un régimen extraño,⁹¹ o acudir a recursos como tenerlas por principios generales jurídicos que sean aplicables en el contexto de que se trate.⁹² Lo crucial es aproximar los subsistemas jurídicos confrontados en un terreno común, favoreciendo su relevancia en el contexto de aplicación, y poner atención a sus similitudes y puntos de contacto. Se puede estimar que es factible realizar ejercicios semejantes en relación con el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho económico internacional, para así lograr su “integración sistémica” en sus respectivos contextos.

En el arbitraje de inversión hay oportunidades claras para acoger los derechos humanos: 1) las referencias al “desarrollo (sostenible)”, y a valores y derechos como la salud, el medio ambiente y otros, definen objetivos que debe seguir la interpretación teleológica que prescribe el artículo 31.1 de la Convención de Viena —lo que podría llevarse a otros ámbitos del derecho económico internacional, como el régimen de la OMC—;⁹³ 2) cláusulas típicas de los TBI como las de “no discriminación”, “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas”, generalmente acompañadas del calificativo “conforme al derecho internacional”, son un recipiente amplio para llenarse con estándares “importados” de los derechos humanos;⁹⁴ y sobre todo, 3) en plena consonancia con el artículo 31.3.c) de la Convención de Viena, la inclusión explícita de “las reglas aplicables del derecho internacional”⁹⁵ en la selección del derecho, con base en el cual decidirá el tribunal arbitral, que permitiría incluso la aplicación de normas que no hubie-

⁹¹ Lo que ha hecho la CoIDH para introducir “otros tratados” —aunque todavía dentro del ámbito de derechos humanos— al resolver casos contenciosos. Cfr. Lixinski, *op. cit.*, p. 594; e. g. “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala*, fondo, 19 de noviembre de 1999, disponible en: <http://bit.ly/2RnEqTP>, § 195, señala que la Convención sobre los Derechos del Niño “pueden arrojar luz, en conexión con el artículo 19 de la Convención Americana”.

⁹² Como hizo el Tribunal de Luxemburgo para introducir derechos fundamentales al régimen primordialmente económico de la actual Unión Europea. Véase: Rosas y Armati, *loc. cit.*

⁹³ Cfr. Scheu, *op. cit.*, p. 224. Términos como los indicados se hallan en los preámbulos y en las cláusulas de objetivos generales de tratados en materia económica, como el Acuerdo de Marrakech, que constituye la OMC, el T-MEC y el TLCAN.

⁹⁴ Cfr. Weiniger, Matthew *et al.*, *International Investment Arbitration. Substantive Principles*, 2a ed., Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 273-274 y 298-299, tienen los estándares de derechos humanos como “principios generales del derecho aceptados por los principales sistemas jurídicos del mundo”. Se dan muchos ejemplos puntuales de esta influencia, véase: Scheu, *op. cit.*, pp. 176-217. Aunque por haberlo interpretado así su Comisión de Libre Comercio, la referencia al derecho internacional del artículo 1105.1 del TLCAN alude sólo al consuetudinario (*Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID núm. ARB[AF]/99/2, laudo, 11 de octubre de 2002, disponible en: <http://bit.ly/3cLDUeg>, § 120); dicha limitación ya es explícita en el artículo 14.6.1 y en el anexo 14-A del T-MEC.

⁹⁵ Véase, por ejemplo, el artículo 14.D.9.1 del T-MEC (1131.1 del TLCAN).

ran consentido las partes de un TBI, entre ellas las perentorias y las consuetudinarias.⁹⁶ La posible remisión que estas estipulaciones harían que los derechos humanos se asimilen a las normas económicas que los órganos de este ámbito están llamados a aplicar, permite verlas como un todo homogéneamente integrado.

Por motivos ideológicos, quizá sea más difícil que el derecho internacional de los derechos humanos asimile las normas del derecho económico internacional, pero se debe tener en cuenta la íntima relación —si no *identidad*— que puede haber entre todas las mencionadas normas; además de la obviedad de que las prohibiciones de discriminación contenidas en tratados de inversión y de libre comercio son la manifestación del derecho a la igualdad, que típicamente reconocen las convenciones sobre derechos humanos,⁹⁷ su protección se vincula sustantivamente con el *derecho de propiedad*⁹⁸ o con la *libertad de comercio*⁹⁹ que avalan importantes convenciones de derechos humanos.¹⁰⁰ Ya se ha visto que la referencia al derecho económico internacional puede ser útil a los derechos humanos para esclarecer algunos aspectos de su propio régimen.¹⁰¹

Reconocer los derechos económicos *lato sensu*¹⁰² en las coordenadas de los derechos humanos, da un común denominador a ambos, por ejemplo: las previstas en el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio y en el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, ambos de la OMC, que permiten a las garantías de los primeros operar en el segundo. Quizá los derechos humanos de corte económico no sean los favoritos, y a primera vista su reconocimiento genere rechazo. Serna de la Garza

⁹⁶ Cfr. Reiner y Scheuer, *op. cit.*, pp. 84-85; Brabandere, *op. cit.*, pp. 134-136; y Scheu, *op. cit.*, pp. 161-167 y 227-233.

⁹⁷ Por ejemplo, cfr. artículos 26 del PIDCP, 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“CADH” o “Pacto de San José”), y 14.8.1.(b) del T-MEC (1110.1.[b] del TLCAN).

⁹⁸ Artículos 21 de la CADH, y 1o. del Protocolo número 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Cfr. Waincymer, Jeff, “Balancing Property Rights and Human Rights in Expropriation”, en Dupuy, Francioni y Petersmann (eds.), *op. cit.*, p. 284, señala que hay argumentos para sostener que los derechos de propiedad son derechos humanos; y Kriebaum, Ursula, “Is the European Court of Human Rights an Alternative to Investor-State Arbitration?”, en *ibidem*, p. 234, implica que el concepto de “inversión” se comprendería en el más extenso de “propiedad”.

⁹⁹ Véanse el artículo 6.1 del PIDESC; el mismo precepto del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”); y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU), *Observación General No. 18: Artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, E/C.12/GC/18, 2006, disponible en: <http://bit.ly/2VKeuYQ>, § 6, donde se declara que el derecho al trabajo “[e]ngloba todo tipo de trabajos, ya sean autónomos o trabajos dependientes sujetos a un salario” (cursivas añadidas).

¹⁰⁰ Cfr. Krommendijk y Morijn, *op. cit.*, pp. 428-429, muestran, con relación al derecho de propiedad —pues se habla del arbitraje de inversión—, que “[l]os derechos humanos son así relevantes *para ambos lados* de la balanza” (cursivas añadidas), no sólo para el Estado que los aduce para justificar la afectación del inversionista extranjero; Reiner y Scheuer, *op. cit.*, pp. 94-95, anotan que “[e]n algunos aspectos, el derecho de los derechos humanos y el de las inversiones son muy similares”, y que son “comunes a ambos” la prohibición de discriminación y la protección de la propiedad, además de que “son fundamentales para el proceso de emancipar al individuo del Estado”, y muestran que sus diferencias son más bien procesales.

¹⁰¹ *Idem*.

¹⁰² Véanse la jurisprudencia constante de la CoIDH sobre el “concepto amplio de propiedad”, tutelado por el artículo 21.1 de la CADH; e. g. *Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) vs. Perú*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 21 de noviembre de 2019, disponible en: <http://bit.ly/2WbcBnd>, § 192; y Nikken, *op. cit.*, p. 250, quien expresa que este “concepto amplio” es “otro signo favorable para extender a las inversiones la protección que ofrece el sistema interamericano”.

formuló una valiosa crítica a dicha asimilación,¹⁰³ y su epítome puede ser el siguiente pasaje:

En esta tradición [del constitucionalismo de los derechos humanos], el sujeto protegido es el ser humano, portador de una dignidad que le es propia y los derechos que de ella derivan; en la tradición del derecho comercial internacional, el sujeto protegido son las empresas y sus (legítimos) intereses económicos y ánimo de generar ganancias... Esta [asimilación] se fija en lo superficial, y no en las condiciones y elementos profundos que caracterizan al constitucionalismo, como se ha venido desarrollando por lo menos desde la Ilustración hasta nuestros días.¹⁰⁴

No comparto esta postura, porque pierde de vista el *contenido objetivo* de las normas relevantes —en el sentido de las acciones que tutelan, abstractamente consideradas—; a mi parecer, está influida por una determinada *ideología* con tintes emotivos, y soslaya la *ineludible necesidad práctica* de resolver los eventuales conflictos entre estos regímenes internacionales, fin al que sirve otorgarles un común denominador que permita compararlos y articularlas, para solucionar de modo más preciso sus oposiciones. Finalmente, que grandes empresas y sus utilidades¹⁰⁵ sean beneficiarios de los derechos económicos no parece razón válida para negar protección a su propiedad, libertad de trabajo y aun su libertad de asociación —en cuanto ésta se haría nugatoria en tales condiciones—, entre otros aspectos; estos son puntos de contacto mínimos, si se quiere, pero no menos comunes y reales entre ambos órdenes jurídicos internacionales.

Sin embargo, tampoco reconocer la asimilación entre (algunos de) los derechos humanos y los derechos económicos es el fin del problema, sino sólo un paso indispensable para resolverlo y dar con su “integración sistémica”, y aun para lograr una “constitucionalización en el derecho internacional”.¹⁰⁶ Para una elaboración coherente del orden jurídico internacional, los derechos humanos y los económicos no pueden reclamar protección absoluta, ni siquiera en sus respectivos ámbitos; considerarlos bajo un “común denominador” que los pone en relación asumiendo —aun implícitamente— al menos su analogía, y que permite al sistema especializado, en cuyo contexto se actúa, ser afable a otro también relevante en una situación particular, ya hace colocarse en el camino para

¹⁰³ *Op. cit.*, pp. 167-177, y en las páginas anteriores a las citadas, véase su reseña de este debate.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 174.

¹⁰⁵ Lo que conduce a la cuestión de si las personas jurídicas son titulares de los derechos humanos, imposible de abordar aquí. Al respecto, sin desconocer otras posiciones, se está de acuerdo con la opinión de la Suprema Corte mexicana, que coincide con la respuesta de Ignacio L. Vallarta en el siglo XIX. *Cf.*: “Principio de interpretación más favorable a la persona. Es aplicable respecto de las normas relativas a los derechos humanos de los que sean titulares las personas morales”, tesis P./J. 1/2015, Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, lib. 16, marzo de 2015, p. 117; y CoIDH, *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 Y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1.A y B del Protocolo de San Salvador)*, OC-22/16, 26 de febrero de 2016, disponible en: <http://bit.ly/3eRts7R>, § 70, pp. 110-111 y 119-120.

¹⁰⁶ Véase Kleinlein, *loc. cit.*

resolver sus oposiciones, pero hace falta un paso más para culminar su “integración sistémica”. Se precisa de una *metodología común* a ambos regímenes y que, por tanto, en cualquiera de ellos dé cuenta de su oposición y la resuelva de un modo que previsiblemente también satisfaría al otro —como si se realizase en este último—, y sobre todo, que lo haga de manera “justificable y comunicable”.

La clave para una solución definitiva para los casos de necesaria aplicación de regímenes internacionales divergentes —en concreto: los derechos humanos y el derecho económico internacional— y la inconveniencia de atribuirles primacía absoluta, es el *principio de proporcionalidad*. El examen a que éste da lugar para determinar con racionalidad los debidos alcances de la realización de posiciones jurídicas que colisionan en situaciones particulares, como se verá enseguida, no es desconocido para el derecho internacional y ha sido asimilado precisamente en sus ámbitos de derechos humanos y económico.¹⁰⁷

En estos términos, el principio de proporcionalidad puede verse como parte del “común denominador” para analizar los conflictos entre regímenes internacionales enfrentados. No obstante, es más preciso considerar que su empleo es corolario de distintos factores que perfilan ese “común denominador”: 1) la ineludible equiparación, para efecto de su contraste, de regímenes jurídicos que, en términos generales, dentro del panorama del derecho internacional “[tampoco] se relacionan en términos jerárquicos”,¹⁰⁸ 2) la indefectible apertura al diálogo que los subsistemas internacionales enfrentados deben mantener para lograr su “integración sistémica”, que se traduce en una importante labor argumentativa que requiere encauzar su realización; y 3) la necesidad de justificar en cada caso particular, con la mayor solidez posible, la inexorable prevalencia de alguna de las posiciones enfrentadas.¹⁰⁹

4. Proporcionalidad en el derecho internacional

Entendido sintéticamente como una adecuada relación entre medios y fines, en virtud de la cual es lícito afectar un bien jurídico sólo en una medida indispensable para alcanzar un objetivo legítimo, el de proporcionalidad puede tenerse como un principio general del derecho internacional¹¹⁰ y una norma consuetudinaria del mismo.¹¹¹

¹⁰⁷ Cfr. Scheu, *op. cit.*, pp. 218-223 y 233-236, expone que la respuesta al conflicto entre dichos regímenes internacionales especializados —hablando específicamente para el derecho de la inversión— es un “ajuste” [*Ausgleich*] entre los intereses que tutelan, no en la primacía absoluta de cualquiera de ellos; ajuste que debe realizarse mediante un “examen de proporcionalidad” [*Verhältnismäßigkeitsprüfung*] en los términos con que la dogmática iusfundamental alemana lo ha definido y se ha expandido por el mundo, lo que se apoya un principio de proporcionalidad, reconocido con validez general en el derecho internacional.

¹⁰⁸ Cfr. “Derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales. Constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional”, tesis P./J. 20/2014, Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, lib. 5, abril de 2014, p. 202.

¹⁰⁹ Como referencia general para estos tópicos, véase Klatt, *op. cit.*, nota 5, *passim*.

¹¹⁰ Scheu, *op. cit.*, pp. 235-236 (citando jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia sobre los derechos a la autodefensa y a la aplicación de contramedidas).

¹¹¹ Cfr. Han, Xiuli, “The Application of the Principle of Proportionality in ‘Teemed v. Mexico’”, *Chinese Journal of Interna-*

La proporcionalidad es “la técnica dominante para la adjudicación de derechos”; “[n]o es sólo... un método entre muchos otros”, sino que “[m]ás bien... es el principal medio que permite a los procesos estructurales de justificación en el razonamiento de los derechos el máximo grado posible de racionalidad”. Además, el examen de proporcionalidad es un estándar “universal y necesario”, y no obstante su estructura formal, “sensible a circunstancias concretas y contextos culturales”. Por estas razones, el principio de proporcionalidad es capaz de proveer una “visión holística”¹¹² e integradora de la compleja relación entre elementos jurídicos de diferentes naturalezas, para compararlos —ya puestos bajo un común denominador—, y para delimitarlos de manera precisa en cada caso concreto, no sólo dentro del sistema doméstico sino también en la “arena internacional”¹¹³.

Según su estandarizada fórmula alemana y su empleo en el derecho constitucional, el principio de proporcionalidad da lugar a un examen para analizar la medida que interviene en una determinada posición jurídica —generalmente protegida por un derecho fundamental—, para supuestamente promover un *fin legítimo*, en el que de forma sucesiva se revisan los siguientes aspectos:¹¹⁴

- *Idoneidad*: la aptitud de tal afectación para lograr dicho propósito o contribuir a su realización en alguna medida;
- *necesidad*: tal perjuicio ha de ser la opción menos lesiva para alcanzar dicho objetivo con el grado de satisfacción previsto; y
- “ponderación” o *proporcionalidad en sentido estricto*: la importancia del perjuicio a la posición jurídica afectada no debe ser mayor que la del beneficio obtenido para el fin legítimo que impulsa su intervención.

tional Law, Oxford, Oxford University Press, vol. 6, núm. 3, 2007, disponible en: <http://bit.ly/3aM1J4f>, pp. 637 (el caso referido se considera el primer arbitraje de inversión que usó el principio de proporcionalidad *lato sensu*); con las mismas premisas mencionadas aquí, de la misma autora también puede verse “On the Application of the Principle of Proportionality in ICSID Arbitration and Proposals to Government of the People’s Republic of China”, *James Cook University Law Review*, Townsville (Australia), vol. 13, 2006, disponible en: <http://bit.ly/3xHBgSp>, pp. 234-236. Asimismo, véase: Krommendijk y Morijn, *op. cit.*, nota 51, p. 423 (n. 4) (haciendo la misma referencia al primero de los trabajos mencionados).

¹¹² Véase *ibidem*, p. 445, que comenta la práctica del TEDH del principio de proporcionalidad, en que este tribunal ha adoptado una “visión holística de todos los derechos humanos”, donde el derecho a la propiedad refleja “la Convención [Europea de Derechos Humanos] en su totalidad” (citando *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, 23 de septiembre de 1982, § 69).

¹¹³ Cfr. Klatt, *op. cit.*, pp. 159, 182-184 y 189. En general, y especialmente para configurar el examen de proporcionalidad y esclarecer diversos postulados que le sirven de base, véase también *idem* y Meister, Moritz, *La proporcionalidad como principio constitucional universal*, trad. de Rubén Sánchez Gil, México, UNAM-UADY, 2017, disponible en: <http://bit.ly/2jTn5pt>.

¹¹⁴ Cfr. Alexy, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, trad. de Rubén Sánchez Gil, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-IIDPC, núm. 11, enero-junio de 2009, disponible en: <http://bit.ly/2reSzMn>, pp. 8-9; Barak, Aharon, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, trad. de Doron Kalir, Nueva York, Cambridge University Press, 2012, p. 3; y Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, CEPC, 2005, p. 38.

Con algunas variantes meramente formales, esta configuración del examen de proporcionalidad ha sido adoptada por diversos tribunales constitucionales¹¹⁵ y también por órganos de adjudicación internacional.

En términos generales, quizá para no entrar en debates técnicos o culturales, el TEDH ha empleado perfiles muy básicos de la proporcionalidad, y la ha entendido como “una exigencia de adecuación entre un objetivo legítimo y los medios utilizados para alcanzarlo”.¹¹⁶ Más precisa ha sido la CoIDH, que distingue con claridad y ortodoxia los aspectos de idoneidad, necesidad y ponderación del principio de proporcionalidad.¹¹⁷ En el derecho económico internacional, el examen de proporcionalidad —en general o en alguna de sus fases— también ha sido adoptado por el Órgano de Apelación de la OMC y por tribunales arbitrales de inversión, hallándose particularmente adecuado para este último ámbito y en el cual se reconocen sus mencionados subprincipios.¹¹⁸

El reconocimiento que tiene el principio de proporcionalidad en los ámbitos internacionales de los derechos humanos y económico, así como la estandarizada fórmula del examen a que da lugar, lo hace un instrumento viable para mediar los conflictos entre dichos regímenes jurídicos. Es decir, como no se trata de un procedimiento ajeno a éstos, sino que de múltiples maneras lo han implementado, aunque sólo con miras a la solución de cuestiones “internas”, será menor la dificultad de aceptarlo para resolver también los conflictos que cada uno de esos regímenes tenga con el otro.

Se ha planteado el supuesto inconveniente de que el examen de proporcionalidad en el ámbito de los derechos humanos no sería el mismo que en el económico, porque en el primero, según la jurisprudencia del TEDH, se concede un “margen de apreciación nacional” a los Estados que no se halla en el último; pero asimismo, se ha visto que esto

¹¹⁵ Para México, por todos véase: “Test de proporcionalidad. Metodología para analizar medidas legislativas que intervengan con un derecho fundamental”, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo II, lib. 36, noviembre de 2016, p. 915 (criterio invocado por el Pleno de la Suprema Corte en la acción de inconstitucionalidad 122/2015).

¹¹⁶ Cfr. Sudre, Frédéric *et al.*, *Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l’Homme*, 6a. ed., París, Presses Universitaires de France, 2011, p. 81, examinan si la restricción del derecho de acceso a la justicia en virtud de la inmunidad jurisdiccional que otorga el derecho internacional era “proporcionada al objetivo perseguido”, la Gran Sala del TEDH invocó la integración sistémica del artículo 31.3.c) de la Convención de Viena en *Fogerty v. The United Kingdom*, núm. 37112/97, fondo y satisfacción equitativa, 2 de noviembre de 2001, disponible en: <http://bit.ly/35njtCg>, § 35.

¹¹⁷ *Kimel vs. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, 2 de mayo de 2008, § 58, 70, 74 y 83-84 (en términos muy similares a Alexy, *loc. cit.*); opinión reiterada en *Álvarez Ramos vs. Venezuela*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 30 de agosto de 2019, § 104-108. Véase: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Pelayo Möller, Carlos María, “Artículo 32. Correlación entre deberes y derechos”, en Steiner, Christian, Marie-Christine Fuchs y G. Patricia Uribe Granados (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, 2a. ed., Bogotá, Fundación Konrad Adenauer-Corte Constitucional de Colombia, 2019, disponible en: <http://bit.ly/38VkeGX>, pp. 894-895.

¹¹⁸ Sobre el principio de proporcionalidad en ámbitos diferentes a los derechos humanos, especialmente el económico, véase: Cottier, Thomas *et al.*, *The Principle of Proportionality in International Law*, documento de trabajo, Berna, Universidad de Berna, núm. 38, 2012, disponible en: <http://bit.ly/2y8GMD9>. En relación con el arbitraje de inversión, véanse: Han, “The Application...”, *cit.*, pp. 636-637; Scheu, *op. cit.*, pp. 233-290, con indefectible influencia de la concepción alemana, y señalando la utilidad de la proporcionalidad para examinar la expropiación indirecta y el “trato justo y equitativo”, p. 260; Krommendijk y Morijn, *op. cit.*, pp. 436 y 438-446; McLachlan, Shore y Weiniger, *op. cit.*, p. 357, refiriendo al “trato equitativo” la proporcionalidad “como ha sido desarrollada en el derecho administrativo y en la aplicación de estándares de derechos humanos —como un medio para ponderar (*balancing*) el derecho privado contra la determinación estatal del bien público—”; y Stone Sweet, Alec, “Investor-State Arbitration: Proportionality’s New Frontier”, *Law & Ethics of Human Rights*, Berlín, De Gruyter, vol. 4, núm. 1, abril de 2010, disponible en: <http://bit.ly/2QMx0eJ>, pp. 47-76.

no es del todo cierto.¹¹⁹ Aparte de que el derecho económico internacional —en especial en el arbitraje de inversión— ha mostrado cierta deferencia a los Estados en relación con cuestiones de política pública y las que atañen al interés de la sociedad, pareciera que esta pretendida objeción no es insuperable. En primer lugar, precisamente conforme al propio TEDH, el “margen de apreciación nacional” se determina mediante un examen de proporcionalidad,¹²⁰ y esto no significa otorgar una ilimitada discrecionalidad a los Estados en el cumplimiento de sus deberes internacionales. Más bien, dicho margen pretende reconocer la aptitud de los Estados para actuar en beneficio de las necesidades particulares de su comunidad, y a otorgar deferencia a su actuación —dentro de ciertos límites normativos y epistémicos, que tienen perfecta cabida en el examen de proporcionalidad—, no una prevalencia absoluta y definitiva; esta consideración puede apoyarse en el principio jurídico internacional según el cual “[l]as restricciones a la independencia de los Estados... no se presumen”.¹²¹

De lo anterior se puede concluir que la proporcionalidad es un principio que, con raíces en el derecho internacional general, ha permeado tanto al régimen de los derechos humanos como al económico. Ya sea en uno u otro terreno del derecho internacional, su implementación pretende lograr una equilibrada relación entre los derechos e intereses privados y el “derecho a regular” de los Estados,¹²² que bien puede estar impulsado por sus obligaciones de proteger y de promover los derechos humanos. El examen de proporcionalidad es el medio para lograr la óptima garantía del interés privado frente a la necesaria realización del público, y viceversa,¹²³ de la manera casuísticamente razonada con que deben enfrentarse las endémicas antinomias del derecho internacional, que se han agravado por su fragmentación.¹²⁴

¹¹⁹ Cfr. Krommendijk y Morijn, *op. cit.*, pp. 443-444.

¹²⁰ Cfr. TEDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, núm. 5493/72, fondo, 7 de diciembre de 1976, § 47-49; y Sudre *et al.*, *op. cit.*, p. 81.

¹²¹ TPJI, *Affaire du “Lotus” (France c. Turquie)*, sentencia del 7 de septiembre de 1927, *C.P.J.I. Recueil 1927*, serie A, núm. 10, disponible en: <http://bit.ly/3nEaoxW>, p. 18.

¹²² Como se conoce en el ámbito del derecho internacional de la inversión a la facultad de los Estados, inherente a su soberanía, para determinar fines de interés público y las medidas con que pretenden realizarse, la cual tampoco debe ser desproporcionadamente entorpecida —por ejemplo: permitiendo que cualquier afectación al interés privado esté prohibida y genere el deber estatal de repararla—; lo que está bien reconocido por el derecho internacional consuetudinario. Cfr. Mouyal, *op. cit.*, pp. 31-32; y *Marvin Roy Feldman Karpa vs. Estados Unidos Mexicanos*, CIADI núm. ARB(AF)/99/1, laudo final, 16 de diciembre de 2002, disponible en: <http://bit.ly/3bEXoRW>, § 103.

¹²³ Cfr. Han, “The Application...”, *cit.*, pp. 642-643, citando a Fortier Yves L. y Drymer, Stephen L., “Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or ‘Caveat Investor’”, *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*, Oxford, Oxford University Press, vol. 19, núm. 2, otoño de 2004, p. 326, disponible en: <http://bit.ly/2Sp4r9v>.

¹²⁴ Cfr. Comisión de Derecho Internacional (ONU), *op. cit.*, pp. 246-247 y 249 (§ 486-488 y 493).

V. Conclusiones

En la actualidad, el derecho internacional se caracteriza por una importante fragmentación. Lo que antes era un sistema jurídico en “estado gaseoso”, casi etéreo y con aplicaciones más o menos limitadas, se ha convertido en uno en “estado sólido”, más bien formado por una gran cantidad de piezas visibles y yuxtapuestas —con variable y matizada fuerza normativa—, y que además incide en la realidad cotidiana de muchas personas e intereses, más allá de las relaciones entre los Estados que integran la comunidad internacional. Esta fragmentación, en realidad, no es ninguna novedad, pues ya desde hace quince años se ha diagnosticado con gran precisión por lo que respecta a los distintos regímenes materialmente especializados de este sistema jurídico, a los de distintos ámbitos regionales y a los problemas técnicos que genera esta diversidad.

Los derechos humanos y la integración económica pueden tomarse por las áreas de mayor desarrollo del derecho internacional en los últimos setenta años. Asimismo, no son insólitos los posibles conflictos que pueden darse cuando las obligaciones asumidas por un Estado en los dos referidos ámbitos jurídicos internacionales se contradicen al no poder realizarse simultáneamente. En particular, la “expansiva” actuación que imponen los derechos humanos a los Estados, debido a las obligaciones positivas que éstos tienen por sus deberes de protegerlos y promoverlos, tienen una especial capacidad para confrontarse con derechos de carácter económico, como la propiedad y la libertad comercial, que garantizan instrumentos de este último ámbito.

En este estadio de evolución del derecho internacional, resulta inaceptable solucionar estos conflictos con base en una pretendida “constitucionalización” del derecho internacional que otorgue prevalencia absoluta a los derechos humanos, atribuyéndoles calidad de *ius cogens* o por su carácter de normas *erga omnes*. Existen imprecisiones relativas a estos conceptos que no permiten fincar sobre ellos una función semejante a la que tienen los derechos fundamentales en los ordenamientos domésticos, y en particular, en el derecho internacional no es admisible atribuir carácter perentorio a todos los derechos humanos.

Un paso importante para superar la fragmentación del derecho internacional y resolver los eventuales conflictos entre sus regímenes especializados, es la “integración sistémica” propuesta por la CDI, en cuyo contexto diversos autores han puesto la ya paradigmática tensión entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho económico internacional (particularmente en sus aspectos comercial y de protección de las inversiones). Tomando como punto de apoyo el artículo 31.3.c) de la Convención de Viena, la necesaria consideración a “[t]oda forma pertinente de derecho internacional” en la interpretación de los tratados internacionales es la puerta por la que en un ámbito jurídico internacional puede atenderse lo dispuesto en otros, con el fin de lograr una conciliación entre sus disposiciones, o bien, la solución de sus conflictos para favorecer el carácter sistemático del derecho internacional y la seguridad jurídica de los Estados que

integran la comunidad internacional y que en su ámbito interno, incluso desde el nivel constitucional, debe cumplir todos los regímenes internacionales a que estén sujetos, pese a sus divergencias irreconciliables.

Sin embargo, aunque es necesaria como principio fundamental, por su elevada abstracción esa “integración sistémica” no es un criterio definitivo para resolver los conflictos a los que se refiere. El siguiente paso en este camino es hallar mecanismos concretos para que las normas de diferentes regímenes jurídicos internacionales operen de manera articulada, y puedan resolver sus eventuales conflictos prácticos; en particular, con referencia a la tensión entre los ámbitos internacionales de los derechos humanos y económico.

Para resolver sus tensiones, es ineludible que los subsistemas jurídicos internacionales se asimilen y operen bajo un “común denominador”. Se precisa relacionarlos, aproximándolos en los aspectos en que sean objetivamente análogos o en que puedan ser asimilables, para ubicarlos en un mismo plano o en un “terreno común” que permita co-tejarlos. El contexto de aplicación concreta determinará las operaciones argumentativas necesarias para ese acercamiento. De esta manera, por ejemplo, el derecho internacional de los derechos humanos podría reconocer su analogía con estipulaciones del derecho económico internacional, y tenerlas en cuenta como referente para su propia interpretación, incluso aprovechándolas para subsanar aspectos —como el análisis de medidas expropiatorias *lato sensu*— que sólo incipientemente haya desarrollado; el derecho económico internacional, por su parte, podría elaborar análisis más completos, teniendo en cuenta las obligaciones estatales para con los derechos humanos, o empleándolos como valores aplicables en su esfera y que orientan los debidos alcances de sus propias normas.

Pero el hallazgo de un común denominador —o mejor dicho, “denominadores comunes”, por la pluralidad de maneras en que la asimilación de regímenes diversos podría darse— tampoco es el elemento definitivo para resolver los conflictos: hace falta una técnica apropiada para lidiar con ellos, que permita decidir racionalmente a su respecto.

Dicha técnica definitiva es el principio de proporcionalidad y el examen a que da lugar. Este principio es ubicuo en el derecho internacional, y ha sido asimilado con diversos matices, pero con los mismos rasgos esenciales en los ámbitos jurídicos internacionales de derechos humanos y económico, en los cuales ha servido para decidir diversos conflictos en sus respectivas esferas. Mediante el análisis de la idoneidad, necesidad y ponderación respecto de la realización de un fin legítimo, el examen de proporcionalidad es apto para brindar una respuesta racional a las colisiones entre derechos humanos y económicos, porque permite una exigente actividad argumentativa que resulta adecuada para valorar estos principios jurídicos, sus rasgos formales requieren y encauzan un diálogo más o menos intenso entre dichos subsistemas, y a la vez, es sensible a las particularidades de cada caso concreto. Aunque se ha objetado que el examen de proporcionalidad tiene características diferentes en los mencionados ámbitos jurídicos, bien vistas, dichas diferencias no resultan determinantes.

VI. Bibliografía

- ALEXY, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, trad. de Rubén Sánchez Gil, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-IIDPC, núm. 11, enero-junio de 2009, disponible en: <http://bit.ly/2reSzMn>.
- BAL, Lider, *Le mythe de la souveraineté en droit international. La souveraineté des États à l'épreuve des mutations de l'ordre juridique international*, Tesis de doctorado, Estrasburgo, Universidad de Estrasburgo, 2012, disponible en: <http://bit.ly/2lrkuqf>.
- BARAK, Aharon, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, trad. de Doron Kalir, Nueva York, Cambridge University Press, 2012.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, CEPC, 2005.
- BRABANDERE, Eric de, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law. Procedural Aspects and Implications*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.
- BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, 5a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2002.
- COMÍN COMÍN, Francisco, *Historia económica mundial. De los orígenes a la actualidad*, Madrid, Alianza, 2013.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (ONU), *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Nueva York, A/CN.4/L.682, 2006, disponible en: <http://bit.ly/3bPUQQI>.
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (ONU), *Observación General No. 18: Artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, E/C.12/GC/18, 2006, disponible en: <http://bit.ly/2VKeuYQ>.
- COTTIER, Thomas *et al.*, *The Principle of Proportionality in International Law*, Berna, Universidad de Berna, núm. 38, 2012, <http://bit.ly/2y8GMD9>.
- DUPUY, Pierre-Marie *et al.* (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- EGGETT, Craig, “The Role of Principles and General Principles in the ‘Constitutional Processes’ of International Law”, *Netherlands International Law Review*, La Haya, Springer-Asser Press, vol. 66, núm. 2, julio de 2019, disponible en: <http://bit.ly/2m-cRR08>.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi, *Constitucionalismo más allá del Estado*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2018.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y PELAYO MÖLLER, Carlos María, “Artículo 32. Correlación entre deberes y derechos”, en STEINER, Christian *et al.* (eds.), *Convención*

- Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, 2a. ed., Bogotá, Fundación Konrad Adenauer-Corte Constitucional de Colombia, 2019, disponible en: <http://bit.ly/38VkzGX>.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- GODÍNEZ, Víctor M., “Una crónica sobre la economía mundial en el cambio de siglo”, en LEÓN, José Luis (coord.), *El nuevo sistema internacional. Una visión desde México*, México, FCE, SRE, 1999.
- GOMES, Leonard, *The Economics and Ideology of Free Trade. A Historical Review*, Cheltenham, Edward Elgar, 2003.
- GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, *El ius cogens internacional (estudio histórico-crítico)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje de inversión*, México, Porrúa, 2009.
- GRIMM, Dieter, *Souveränität. Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs*, Berlín, Berlin University Press, 2009.
- GUASTINI, Riccardo, “La Constitución como límite a la legislación”, trad. de Miguel Carbonell, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, pp. 47-58.
- HAN, Xiuli, “The Application of the Principle of Proportionality in ‘Tecmed v. Mexico’”, *Chinese Journal of International Law*, Oxford, Oxford University Press, vol. 6, núm. 3, 2007, disponible en: <http://bit.ly/3aM1J4f>.
- HAN, Xiuli, “On the Application of the Principle of Proportionality in ICSID Arbitration and Proposals to Government of the People’s Republic of China”, *James Cook University Law Review*, Townsville, vol. 13, 2006, disponible en: <http://bit.ly/35Ir5yC>.
- HERDEGEN, Matthias, *Derecho económico internacional*, trad. de Katia Fach Gómez, Laura Carballo Piñeiro y Dieter Wolfram, Bogotá, UNAM-Fundación Konrad Adenauer-Universidad del Rosario, 2012.
- HURD, Ian, *How to Do Things with International Law*, Princeton, Princeton University Press, 2017.
- KLATT, Matthias, “Proportionality and Justification”, en HERLIN-KARNELL, Ester *et al.* (eds.), *Constitutionalism Justified. Rainer Forster in Discourse*, Nueva York, Oxford University Press, 2019.
- KLATT, Matthias y MEISTER, Moritz, *La proporcionalidad como principio constitucional universal*, trad. de Rubén Sánchez Gil, México, UNAM-UADY, 2017, disponible en: <http://bit.ly/2jTn5pt>.
- KLEINLEIN, Thomas, *Konstitutionalisierung im Völkerrecht. Konstruktion und Elemente einer idealistischen Völkerrechtslehre*, Berlín/Heidelberg, Springer, 2012.
- LIXINSKI, Lucas, “Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law”, *European Journal of International Law*, Oxford, Oxford University Press, vol. 21, núm. 3, agosto de 2010, disponible en: <http://bit.ly/1nRD3Lj>.

- MASWOOD, Javed, *International Political Economy and Globalization*, Singapur, World Scientific, 2000.
- MCGRADY, Benn, *Trade and Public Health. The WTO, Tobacco, Alcohol and Diet*, Nueva York, Cambridge University Press, 2013.
- MCLACHLAN, Campbell, SHORE, Laurence y WEINIGER, Matthew, *International Investment Arbitration. Substantive Principles*, 2a ed., Oxford, Oxford University Press, 2017.
- MORIN, Edgar, *Introduction à la pensée complexe*, París, Seuil, 2005.
- MOUYAL, Lone Wandahl, *International Investment Law and the Right to Regulate. A Human Rights Perspective*, Nueva York, Routledge, 2018.
- NIEDRIST, Gerhard y FIGUEROA BELLO, Aida, “Hacia una coordinación efectiva entre regímenes especializados para garantizar una interpretación armoniosa en el derecho internacional público moderno”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. XXI, 2021, disponible en: <http://bit.ly/3gQDx7G>.
- PACHECO MARTÍNEZ, Filiberto, *Derecho de la integración económica. Implicaciones jurídicas en México (comercio exterior)*, 3a. ed., México, Porrúa, 2007.
- ROSAS, Allan y ARMATI, Lorna, *EU Constitutional Law. An Introduction*, Oxford, Hart, 2010.
- RUIZ VALERIO, José, “El Estado de derecho internacional. Una aproximación cartográfica a su definición”, en BECERRA RAMÍREZ, Manuel y GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria (coords.), *Estado de derecho internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.
- SALAZAR UGARTE, Pedro *et al.*, *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, México, Senado de la República, Instituto Belisario Domínguez, 2014, disponible en: <http://bit.ly/2yDMzB2>.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Alejandro, “The Interaction between Convergent and Divergent Approaches of Global Law in the Field of Business and Human Rights”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. XXI, 2021, disponible en: <http://bit.ly/333DjBR>.
- SCHEININ, Martin (ed.), *Human Rights Norms in ‘Other’ International Courts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019.
- SCHEU, Julian, *Systematische Berücksichtigung von Menschenrechten in Investitionsschiedsverfahren*, Baden-Baden, Nomos-IILCC, 2017.
- SCHUTTER, Olivier de, *International Human Rights Law. Cases, Materials, Commentary*, 2a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- SERNA DE LA GARZA, José María, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.
- SHAW, Malcolm Nathan, *International Law*, 7a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

STONE SWEET, Alec, “Investor-State Arbitration: Proportionality’s New Frontier”, *Law & Ethics of Human Rights*, Berlín, De Gruyter, vol. 4, núm. 1, abril de 2010, disponible en: <http://bit.ly/2QMx0eJ>.

SUDRE, Frédéric *et al.*, *Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l’Homme*, 6a. ed., París, Presses Universitaires de France, 2011.