

La autoridad privada en la gobernanza global: las oficinas globales de abogados en el régimen de arbitraje de inversiones del CIADI.

Los casos arbitrales derivados de la crisis Argentina

José Alberto Toro Valencia

TESI DOCTORAL UPF / 2013

Director de la Tesis

Dr. Josep Ibáñez Muñoz

DEPARTAMENT DE DRET



A Ana

Agradecimientos [arial 16 punts]

Esta tesis es posible gracias a una beca del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación de la República de Colombia, Colciencias; también a la excedencia que me concedió la Universidad EAFIT de Medellín, para su elaboración y culminación, y al Decano de la Escuela de Derecho Hugo Alberto Castaño Zapata. De igual forma quiero agradecer al área de Derecho internacional público y Relaciones Internacionales de la Universitat Pompeu Fabra, por su calidez, colaboración y apoyo a lo largo de este proceso.

También quiero agradecer de forma especial y afectuosa a mi tutor Dr. Josep Ibáñez Muñoz por su constante apoyo y colaboración. De igual forma a la profesora Dra. Julia López L., por su generosidad y apoyo académico y personal. Asimismo a los miembros de la Secretaría del Departamento de Derecho, en especial a Adela Mullà, Lluïsa García y Teresa Coll.

Un especial agradecimiento a los diferentes compañeros y amigos que desde el Máster en Ciencias Jurídicas emprendimos este camino, Carina, Dana, Diane, Gonzalo, Laura, Lorena, Mario, y Tania, y a todos los que se sumaron después.

A Sebastián, Bárbara, Tania, Francesc, Ana y Alejandro, que además de su generosa amistad, me dieron el apoyo final necesario para la culminación de este trabajo.

A mis amigos de antes que me acompañaron en Barcelona: Antonio, Ricardo, Mireia y Julio.

A mis padres, a Dolly, al jefe, Mauricio, Martha, Lía y Sergio.

Y por supuesto a Ana.

[12 punts]

Resumen

La tesis doctoral trata la emergencia de la autoridad privada en la gobernanza global contemporánea a través del papel que desempeñan las oficinas globales de abogados en la gestión de un régimen internacional específico como es el del arbitraje internacional de inversiones. El objetivo de la investigación es demostrar la presencia e influencia de los actores privados en la administración de agendas, temas y asuntos globales, que se deriva de su consideración como autoridades de naturaleza privada. Los arbitrajes CIADI relacionados con la crisis económica y política de la Argentina en el período 1999 – 2002 son el caso de estudio que permite ilustrar la presencia de la autoridad privada en la conducción de un régimen internacional.

Abstract

The doctoral dissertation deals with the emergence of private authority in contemporary global governance through the role taken by global law firms in the management of a particular international regime, such as the international investment arbitration. The aim of the research is to demonstrate the presence and influence of private actors in managing global agendas, issues, and affairs. Such role derives from their consideration as authorities of private nature.. ICSID arbitrations related with the 1999- 2002 Argentinian crises are the case study in order to illustrate the presence of private authority in the direction of an international regime.

Índice

Índice de gráficos.....	xiv
Índice de cuadros.....	xv
Acrónimos	xvi
Introducción.....	3

PRIMERA PARTE LA GOBERNANZA GLOBAL Y LA AUTORIDAD PRIVADA

1. La gobernanza global contemporánea.....	17
1.1. Globalización, actores y orden en la sociedad internacional.....	18
1.2. Gobernanza global: actores y regulación.....	50
1.3. Gobernanza global sin gobierno global.....	66
2. La autoridad privada en los asuntos internacionales	73
2.1. El concepto de autoridad privada	76
2.2. La autoridad privada en la gobernanza global.....	85
2.3. Autoridad privada en la construcción de regímenes internacionales.....	102

SEGUNDA PARTE OFICINAS GLOBALES DE ABOGADOS Y ARBITRAJE DE INVERSIONES

3. Las oficinas transnacionales de abogados como autoridad privada.....	129
3.1. La firma global de abogados	133

3.1.1. Orígenes	133
3.1.2. Consolidación y características	139
3.2. Modalidades de firmas globales de abogados	146
3.2.1. El “círculo mágico”	160
3.2.2. El “círculo de elite”	165
3.3. Las firmas de abogados como manifestación de la autoridad privada	171
4. El arbitraje del Centro Internacional de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)	183
4.1. El Derecho internacional de las inversiones y el arbitraje internacional	184
4.1.1. La Cláusula Calvo, la Regla Hull y el Nuevo Orden Económico Internacional	184
4.1.2. Los acuerdos para la protección y la promoción recíproca de las inversiones	193
4.2. El arbitraje internacional	208
4.2.1. El arbitraje internacional: comercial y de inversiones	209
4.2.2. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)	217
4.3. El arbitraje del CIADI como un régimen propio de la gobernanza global	224

TERCERA PARTE
LOS CASOS DEL CIADI ORIGINADOS EN LA CRISIS ARGENTINA
(1999 - 2002)

5. La crisis de la Argentina (1999 – 2002) y los casos del CIADI originados en ella (2001 – 2008)	255
5.1. La crisis de la Argentina en el marco del Consenso de Washington.....	261
5.2. El desarrollo de de la crisis de la Argentina (1999 – 2002)	266

5.3. Los casos ante el CIADI originados en la crisis argentina de 1999 – 2002: una panorámica.....	277
6. Los procesos arbitrales ante el CIADI originados en la crisis argentina (1999 - 2002).....	299
6.1. Procesos ante el CIADI finalizados de forma anticipada o suspendidos	300
6.1.1. Procesos correspondientes a compañías estadounidenses y chilenas	300
6.1.2. Procesos correspondientes a compañías europeas.....	305
6.2. Los procesos arbitrales ante el CIADI con laudo o en proceso.....	314
6.2.1. Procesos correspondientes a compañías estadounidenses y chilenas	316
6.2.2. Procesos correspondientes a compañías europeas.....	328
6.3. Los árbitros y las oficinas globales de abogados en el régimen internacional de las inversiones.....	353
Conclusiones	371
Anexos.....	381
Anexo No. 1. Árbitros en los procesos CIADI contra la Argentina	383
Anexo No. 2. Decisiones de los árbitros	391
Bibliografía.....	395
Recursos de internet.....	417
Laudos arbitrales CIADI consultados.....	421

Índice de gráficos

	<i>Pág.</i>
Gráfico No. 1. Nacionalidad del inversor demandante	282
Gráfico No. 2. Estados de origen de las firmas	288
Gráfico No. 3. Procesos arbitrales ante el CIADI por año de inicio	290
Gráfico No. 4. Decisiones de los árbitros	366

Índice de cuadros

	<i>Pág.</i>
Cuadro No. 1. Actores y ámbitos de actuación	56
Cuadro No. 2. “Círculo de elite”	153
Cuadro No. 3. “Círculo de mágico”	155
Cuadro No. 4. Procesos arbitrales ante el CIADI contra la Argentina originados en la crisis 1999 – 2002	281
Cuadro No. 5. Procesos por tipo de compañía	283
Cuadro No. 6. Sectores de origen de la inversión.....	284
Cuadro No. 7. Estado de los procesos	285
Cuadro No. 8. Firmas de abogados representantes de los accionantes	287
Cuadro No. 9. Origen de los árbitros	360
Cuadro No. 10. Origen de los árbitros según el nivel de desarrollo	361
Cuadro No. 11. Ocupación del árbitro	362

Acrónimos

ABA	American Bar Association
AIF	Asociación Internacional de Fomento (<i>IDA International Development Association</i>)
BIRF	Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (<i>IBRD International Bank for Reconstruction and Development</i>)
CDI	Comisión de Derecho internacional
CIACCI	Cour Internationale d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (<i>ICSID International Centre for Settlement of Investment Disputes</i>). El acrónimo se utiliza también en referencia al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión entre Estados y Nacionales de otros Estados , denominado Convenio del CIADI
CCI	Cámara de Comercio Internacional (<i>ICC International Chamber of Commerce</i>)
DAG	Derecho Administrativo Global
DIP	Derecho internacional público
ECOSOC	<i>United Nations Economic and Social Council</i>
FMI	Fondo Monetario Internacional
GATT	<i>General Agreement on Tariffs and Trade</i>
IBA	<i>International Bar Association</i>
LCIA	<i>The London Court of International Arbitration</i>
LL. M.	<i>Legum Magister – Master of Laws</i>
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (<i>OECD Organization for Economic Co-operation and Development</i>)
OMC	Organización Mundial del Comercio
ONU	Organización de Naciones Unidas
ONG	Organización no gubernamental

PIB	Producto interno bruto
TLC	Tratado de libre comercio
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
UNCITRAL	<i>United Nations Commission on International Trade Law</i>
UNCTAD	<i>United Nations Conference on Trade and Development</i>
UNIDROIT	<i>International Institute for the Unification of Private Law</i>

Introducción

La globalización de los asuntos internacionales multiplica el número de actores y agentes que gestionan los distintos regímenes internacionales. Los Estados y las organizaciones internacionales no tienen la capacidad de gestionar como actores centrales los diversos elementos que componen la gobernanza global contemporánea, y por tanto es necesario la identificación y el estudio de otros actores que definen, determinan y gestionan diversos regímenes a lo largo del planeta. Estos actores estarán investidos de una autoridad que no está necesariamente asociada al poder público del Estado, ni a la autoridad público-internacional delegada de las organizaciones internacionales. Por tanto, es necesario indagar en la naturaleza y la legitimidad de esta modalidad de autoridad, que permite explicar por qué actores privados son los agentes centrales en la gestión de determinados regímenes globales. No es de extrañar que el estudio de la autoridad privada haya nutrido alguna de las corrientes recientes en la disciplina de las Relaciones Internacionales, y en particular en la Economía Política Internacional.

El objeto de la presente investigación es identificar la presencia de la autoridad privada en la operación de un régimen internacional específico, como es el arbitraje internacional de inversiones. En particular se busca indagar si las oficinas globales de abogados son una forma de autoridad privada, y si esta autoridad se evidencia en su intervención en dicha modalidad de arbitraje internacional. Para ello se selecciona como caso de estudio los arbitrajes que se adelantaron según el Convenio Internacional para el Arreglo de las Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial, creado para resolver las controversias originadas en la crisis económica y política experimentada por la República Argentina entre 1999 y 2002. La

autoridad privada se manifiesta en la función que desempeñan las oficinas transnacionales de abogados en la gestión y el desarrollo de los distintos momentos que componen el arbitraje internacional de inversiones.

Esta influencia se aprecia en muy diversos ámbitos: en el diseño institucional, en el cual se ocupan de brindar asesoría a los gobiernos en la negociación y celebración de tratados bilaterales de inversiones o de libre comercio; en la producción de un conocimiento investido de autoridad que se manifiesta por medio de los centros de pensamiento del ámbito académico; o en la contratación de funcionarios gubernamentales que participaron en los procesos de negociación para que se conviertan en sus asociados. También se evidencia la autoridad privada en la gestión de los procesos arbitrales a través de la representación legal de los intereses de las compañías inversionistas en el evento en que entren en conflicto con un Estado anfitrión; y en la designación como árbitros para dirimir este tipo de diferencias. Esta diversidad de manifestaciones de la autoridad privada genera un potencial conflicto de intereses, el cual se oculta gracias a que la firma es la asesora y el individuo (el abogado) es el árbitro.

§§§

La investigación se centra en el arbitraje internacional de inversiones por dos razones metodológicas. La primera de ellas atiende al carácter universal del mismo, es decir, a la cobertura prácticamente global derivada de su adscripción al Grupo del Banco Mundial. La segunda se decanta tanto por el tipo de controversia que se busca resolver, como por la naturaleza del proceso. La clase de disputas que se ventilan ante el CIADI son aquellas relacionadas con la inversión extranjera; esto supone que a partir de un proceso público (la celebración de un tratado internacional) se “privatiza” una situación que es propia de la esfera del Estado (las controversias entre un Estado y un actor privado); es decir, formalmente supone una limitación a la soberanía estatal y se encuentra un régimen en el cual el Estado se despoja de su investidura soberana, gracias a la participación de la autoridad privada. A

su vez, la naturaleza del proceso CIADI es de Derecho internacional público, contrariamente a lo que sucede en otros centros de arbitraje internacional, lo que permite el acceso a las fuentes primarias necesarias para la corroboración de la hipótesis planteada.

Este análisis permitirá ver la hibridación que se da entre la autoridad pública y la autoridad privada en la gestión de los asuntos internacionales. Este carácter híbrido se visibilizará por medio de la participación de individuos en el proceso institucional del arbitraje. Estos sujetos tienen unas características que los cualifican como expertos en asuntos jurídico económicos internacionales. Tal cualificación permite que su opinión sea considerada no sólo dentro del espacio arbitral propiamente dicho, sino en los procesos de definición política y de construcción de los tratados internacionales que van a posibilitar tal vía. A su vez participan intensivamente en foros y en publicaciones académicas, lo que refuerza la autoridad de sus ideas.

Al preguntarse por la influencia que tienen dichos actores privados en la definición de mecanismos institucionales como el arbitraje se intenta evidenciar que la selección del arbitraje internacional de inversiones no es una elección cándida, ni instrumental. Obedece a una concepción del orden internacional en la que primaría el interés económico; esto es, la protección de la inversión extranjera y el flujo de capitales a escala global. La inversión extranjera es un componente clave de la globalización económica contemporánea. El flujo constante de capitales a lo largo del planeta, la deslocalización de la producción y la prestación mundial de bienes y servicios requieren que los operadores privados globalicen su operación. Por ello, es necesaria una manera eficiente y segura de proteger a los inversionistas cuyo capital recorre el planeta a diario.

La protección de la inversión extranjera se convierte en un campo para el estudio de la gobernanza global contemporánea. Los distintos actores del sistema internacional tienen interés en que ésta se proteja y se le dé un marco jurídico estable. Los Estados están interesados en fomentar la expansión

internacional de las empresas domiciliadas en su territorio y al mismo tiempo generar las condiciones para que compañías provenientes de otras jurisdicciones inviertan capital en su economía.

De igual forma, las grandes empresas multinacionales gestionan que los Estados de acogida les otorguen garantías para obtener el mejor resultado económico de su inversión. También les importa que sus Estados de origen los respalden política y jurídicamente en el momento en que surjan diferencias. Las organizaciones internacionales intergubernamentales están muy interesadas en la protección de la inversión extranjera, y a tal efecto generan centros de información especializada o constituyen centros de arbitraje internacional para resolver las controversias entre Estados e inversionistas.

En la regulación internacional de la inversión extranjera los Estados celebran dos tipos de tratados para su gestión en el plano internacional. El primer tipo son los convenios bilaterales de protección de inversiones (*bilateral investment treaties*) y el segundo son los acuerdos de libre comercio (*free trade agreements*). Estos tratados van a contener un capítulo de protección a la inversión extranjera a partir de la ratificación del instrumento correspondiente. Los acuerdos consolidan una manera de conducir los asuntos globales relacionados con esta materia: el arbitraje internacional de inversiones. En el arbitraje las controversias surgidas entre el Estado anfitrión de la inversión y la compañía inversionista se resolverán ante un órgano *ad hoc* investido temporalmente de jurisdicción y competencia para adjudicar el derecho correspondiente. El tribunal de arbitraje se conforma por actores privados y se administra bien por una organización internacional, bien por un ente privado. Es importante resaltar que cuando el Estado sea parte de la controversia estará en condiciones de par frente a la compañía inversora.

El Banco Mundial busca ser por medio del CIADI el foro en el cual se dé solución a las disputas sobre inversión. Es éste entonces uno de los ámbitos en el que se refleja cómo en el proceso de regulación de los asuntos globales

pueden intervenir de manera simultánea agentes de distinta naturaleza y cómo desde una perspectiva normativa (jurídico-internacional) pueden legitimarse a actores privados para participar en funciones regulatorias como éstas.

En la intersección de los sujetos e instituciones que regulan este tipo de asuntos globales se encuadra el objetivo de la investigación: establecer el papel que las firmas transnacionales de abogados, como autoridad privada, tienen en la gobernanza global contemporánea. El arbitraje internacional de inversiones es el ámbito ideal para identificar la forma como opera la autoridad privada en la regulación global.

El conjunto de los procesos arbitrales ante el CIADI originados en la crisis que padeció la República Argentina entre los años 1999 y 2002 es el caso de estudio de esta investigación. Se eligió gracias a que las características de los problemas políticos y económicos experimentados por la Argentina durante dicho período fueron consecuencia de la implementación de un modelo de política económica globalmente difundido, como es el Consenso de Washington. Al inicio de la década de los años noventa dicho Estado asumió en su política económica los postulados del referido modelo, en especial la reducción del sector público, la privatización masiva de compañías de propiedad estatal, en especial las relacionadas con servicios públicos, la reducción de la inflación y el control del gasto, la promoción y protección de la inversión extranjera, y la implementación de un sistema paritario de cambio internacional, en su caso atado al dólar de los Estados Unidos. A final de la misma década, y a pesar de la activa intervención del Fondo Monetario Internacional, dicha política evidenció sus falencias y la Argentina se vió abocada a una grave situación de iliquidez como consecuencia del esquema de paridad cambiaria con el dólar estadounidense. Los problemas financieros originaron un gran descontento social que desembocó en una alarmante inestabilidad política.

Las dos principales medidas para conjurar la crisis fueron el impago de los

bonos de deuda y la eliminación del sistema de convertibilidad cambiaria. Esto condujo a que un número significativo de compañías inversoras extranjeras, en su mayoría de origen estadounidense y europeo, acudieran en masa al CIADI para buscar una reparación al daño que a su juicio les causó el gobierno argentino mediante las regulaciones adoptadas para controlar la mencionada crisis.

Que un número significativo de compañías (39), todas multinacionales, acudieran al CIADI por un mismo hecho y contra un mismo Estado anfitrión, constituye un caso suficientemente relevante como para justificar el análisis del régimen del arbitraje internacional de las inversiones, y en especial de la forma en la cual las oficinas globales de abogados gestionan la marcha de este régimen particular.

La teoría de las Relaciones Internacionales y el Derecho internacional económico hasta ahora no han tratado suficientemente estas materias. El concepto de la autoridad privada es de reciente preocupación en la disciplina de las Relaciones Internacionales (Cutler, Haufler y Porter, 1999; Hall y Biersteker, 2001; Cutler, 2003; Wai, 2005; Djelic & Andersson, 2006; Ibáñez, 2008; Graz & Nölke, 2008; Avant, Sell y Finnemore, 2010) y cuando la autoridad privada se ha tratado en el marco del arbitraje internacional ha sido sobre todo en relación al arbitraje comercial internacional y no al de inversiones. A su vez la literatura de la autoridad privada trata de forma tangencial a las firmas transnacionales de abogados, siendo estas últimas analizadas más desde la Sociología del Derecho y desde la Geografía Económica.

En el Derecho internacional económico el papel del arbitraje internacional de inversiones se estudia desde su dimensión técnico-jurídica (Berg, 2003; Lew et al, 2003; Park, 2006), desde una concepción descriptiva dentro del marco normativo-institucional (Lowenfeld, 2003), desde la indagación de su naturaleza institucional (Vives Chillida, 1998) o indagando en su conexión con la inversión extranjera y el concepto formal de soberanía (Vandenvelde,

2005; Brunet & Lentini, 2006; García, 2005). Carecemos de estudios que desde una perspectiva interdisciplinaria se centren en la interrelación constante entre poder, autoridad y derecho.

Las operaciones de las oficinas de abogados a escala global se aborda generalmente desde la Sociología del Derecho (Dezalay & Garth, 1996). En aproximaciones como los estudios del derecho global (Teubner, 2007; Kingsbury et al, 2005; Kingsbury & Krisch, 2006) se insiste en la emergencia de un derecho administrativo global en el que el arbitraje internacional de inversiones tiene un rol central (Van Harten, 2005; Van Harten & Loughlin, 2006). Sin embargo, esta corriente no enlaza con el concepto de autoridad privada más tratado desde las Relaciones Internacionales.

De igual forma la colaboración académica que se ha establecido durante las últimas décadas entre el Derecho internacional y las Relaciones Internacionales (Slaughter, 1997; 2000; 2004; Slaughter et al 1998, Raustiala, 2002; Warning, 2009) han sido fructíferas, pero no se ocupan específicamente del arbitraje internacional de inversiones, ni del desempeño de las oficinas transnacionales de abogados como una manifestación del mismo.

Por tanto, este trabajo de investigación se ubica en el punto de cruce entre el Derecho internacional y las Relaciones Internacionales, desde el cual se pretende contribuir al avance de los enfoques interdisciplinarios. Esta es una investigación que desarrollará un proceso hipotético deductivo. A partir del estudio de las oficinas transnacionales de abogados que intervienen en el arbitraje internacional de inversiones como autoridad privada se determinará el impacto que éstas tiene en la construcción, definición y orientación de dicho régimen. Es un trabajo cualitativo en la medida en que se pretende inferir, a través de la revisión y análisis de la literatura existente y de la conformación de los tribunales de arbitraje del CIADI, la presencia de la autoridad privada en el régimen objeto de estudio. Para ello, en primer lugar, se llevará a cabo un estudio de los desarrollos teóricos concernientes a la

autoridad privada, en particular en el contexto de la gobernanza global contemporánea. El estudio permitirá diseñar un marco referencial en el cual se encuadre por una parte el actor a analizar, esto es las oficinas transnacionales de abogados y por la otra el régimen en que el actor interviene, el arbitraje internacional de inversiones del CIADI. De esta manera se elaborará un marco teórico que permita la elaboración del modelo de análisis.

Para complementar el marco teórico realizado en la primera etapa, y lograr con ello identificar las características de este régimen y de los actores investidos de autoridad que intervienen en él, se realizará un análisis jurídico – político de las oficinas globales de abogados y de los procesos y laudos arbitrales constituidos y proferidos por los tribunales CIADI en relación con la crisis económica de la Argentina. Para ello se compiló y procesó la información correspondiente a los casos y a los abogados que hicieron parte de los tribunales, lo que permitió la elaboración de cuadros sistemáticos a partir de dichos datos. El análisis y procesamiento de la información proveniente de los procesos CIADI contra la Argentina y de los despachos globales de abogados contrastada con los elementos del marco teórico posibilita entonces el análisis de la autoridad privada en el régimen en cuestión.



El trabajo se estructura en tres partes, cada una de ellas compuesta de dos capítulos. La primera parte se ocupa de brindar los elementos conceptuales sobre los que orbita esta investigación; esto es, la gobernanza global contemporánea y la autoridad privada en dicha gobernanza. El capítulo primero contextualiza el fenómeno de la gobernanza global contemporánea, y en particular analiza la contribución de actores diferentes al Estado en la gestión de los asuntos globales. El segundo capítulo se encarga de explicar el surgimiento de la autoridad privada en la gobernanza global, y en especial las razones por las cuales es posible considerarla legítima, a pesar de que su

naturaleza no sea pública.

La segunda parte se ocupa de caracterizar las oficinas globales de abogados y el arbitraje internacional de inversiones del CIADI. El capítulo cuarto explica cómo se configuran y operan las oficinas globales de abogados. En especial, se analiza la forma en la que estos despachos se modelan según el patrón del bufete de los Estados Unidos, aquel denominado *Crawath*. Esta modalidad de oficina se estructura con base en el crecimiento constante y en la adopción de un torneo interno de abogados, que convierte el entorno de la misma en un ámbito altamente competitivo. El reconocimiento que la comunidad de negocios le otorga a estas firmas, y la reputación individual de algunos de sus socios les permite afirmar su carácter de autoridad en distintos ámbitos de la gobernanza global. El capítulo quinto analiza el desarrollo del arbitraje internacional de las inversiones, en particular el que se da en el seno del CIADI. Se examina cómo en el Derecho internacional de las inversiones se ha dado una evolución desde una férrea defensa de la soberanía –contenida en el lapso que va desde la Cláusula Calvo al Nuevo Orden Económico Internacional– a una concepción más flexible de la soberanía estatal mediante los tratados bilaterales de inversión y los tratados de libre comercio que incluyen un capítulo de protección de las inversiones. Este último enfoque se refuerza con la constitución del CIADI en la década de los años sesenta del siglo XX y su impulso a partir del gran número de procesos arbitrales a partir de la década de los noventa.

La tercera parte se ocupa del estudio de caso, compuesto por el conjunto de casos de arbitraje asociados a la crisis Argentina de 1999 – 2002. El capítulo quinto contextualiza el entorno en el cual se originan los casos ante el CIADI presentados por los inversores extranjeros. Para ello se describe la crisis experimentada por dicho Estado, en particular en el marco del denominado Consenso de Washington. Se culmina dicho capítulo con un análisis de los datos referidos a los diversos arbitrajes, que son puestos en relación con los resultados alcanzados y con el origen tanto de las firmas de abogados, como

de los árbitros.

El capítulo sexto y último analiza los 39 casos presentados por inversores extranjeros contra dicho Estado. Los casos se agrupan en dos conjuntos: por una parte aquellos que concluyeron de forma anticipada, sin contar con un laudo; por la otra los que obtuvieron un laudo o se encuentran aún en curso. En el tratamiento de los casos se hace hincapié en los despachos que apoderaron a las diferentes compañías accionantes y en los miembros del tribunal que se ocupó de decidir el asunto correspondiente. En cada conjunto se segmenta la presentación de los casos según el origen de las compañías. El acápite final de este capítulo desarrolla un análisis del comportamiento de los distintos árbitros y de las firmas de abogados para afirmar su carácter de autoridad privada.

Primera Parte
La gobernanza global y la autoridad privada

1. La gobernanza global contemporánea

Los cambios experimentados por el sistema internacional en los últimos cuarenta años ponen de relieve el papel que los distintos agentes privados desempeñan en la gobernanza global contemporánea. La progresiva desregulación de los mercados financieros internacionales y la crisis del Estado de bienestar posibilitan una mayor participación de actores no estatales en la definición de políticas relacionadas con materias propias de lo público y que por su particular naturaleza deslocalizada tienen un efecto global. La progresiva neoliberalización de la economía, y con ella la del Estado, implica una creciente entrega de potestades a los actores privados, tanto en el nivel doméstico como en el internacional.

Estos miembros del sector privado se erigen en depositarios y generadores de un saber especializado, lo cual les faculta para ser considerados autoridades en determinadas materias, consolidando así una nueva forma de ejercer su influencia en la construcción de regímenes internacionales. Por agentes o actores del sector privado investidos de autoridad se entienden todas aquellas compañías, multinacionales o no, las organizaciones no gubernamentales, y los entes aglutinadores de unas y de otras en la esfera global. La globalización contemporánea, entendida como una serie de procesos que interrelacionan a actores y sociedades de diversos lugares del planeta, y en los cuales se expanden y adaptan materias relativas a la política, la economía, la cultura y el medioambiente, implica una mayor presencia de actores no estatales en su administración y gestión. La autoridad privada se manifiesta especialmente en la gobernanza global contemporánea, pues posee la flexibilidad suficiente para dar respuesta a las necesidades de gestión que una materia específica requiere.

Flexibilidad significa capacidad de adaptación y de adquirir conocimiento especializado en un lapso corto de tiempo. Por ello la autoridad privada tiene la capacidad de permear las diferentes capas institucionales de regulación para presentar, defender y finalmente imponer la perspectiva que en un momento dado alegue. De esta manera este tipo de autoridad ejerce una presencia creciente en la gobernanza global, si bien no siempre visible.

Este capítulo presentará el contexto de la gobernanza global contemporánea en la que se encuadra la actividad de la autoridad privada. Para ello se ocupa en una primera sección de desarrollar una breve presentación de los procesos de globalización con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. Un segundo acápite se centra en los actores y las dinámicas de las relaciones internacionales, en cómo se configura cierto tipo de orden en especial a partir del inicio del siglo XXI, y en cómo se da la interconexión entre globalización y gobernanza global, lo cual es clave para entender el surgimiento de la autoridad privada. El tercer y último ítem es el relativo a la ausencia de un gobierno global, lo cual posibilita la emergencia y la presencia de redes de gobernanza.

1.1. Globalización, actores y orden en la sociedad internacional

La primera década del siglo XXI muestra el impacto de la globalización en la sociedad y en el orden internacional. Los ataques del 11 de septiembre de 2001 y la reacción a éstos van a evidenciar cómo los conceptos de autoridad y de orden se ven sometidos a una reconfiguración como consecuencia de dichos acontecimientos globales. La guerra al terrorismo pondrá en evidencia el impacto de actores no estatales en los asuntos internacionales. De forma traslapada ciertos estados, como la República Popular China, adquieren una mayor preponderancia en la política y la economía internacional, a través del

ejercicio de un control social fuerte no solo sobre su comunidad interna, sino en el ámbito regional, lo que conduce a una “desoccidentalización” de la política mundial. De igual forma, la década se cierra con la mayor crisis económica que experimenta la economía global desde la década de los años treinta del siglo XX. En la crisis las instituciones financieras globales van a tener un rol muy destacado, toda vez que se evidenciará el vínculo de las operaciones que se llevan a cabo en los mercados financieros globales con las dinámicas internas de las economías nacionales. Así, los actores privados van a estar presentes de forma relevante en los procesos de recuperación de la economía, lo cual ejerce una presión constante para que ésta sea favorable a sus intereses globales.

La globalización es crucial para comprender la economía política internacional contemporánea, toda vez que en ella se engloban los cambios fundamentales que suceden en el mundo de la posguerra fría¹. Entre las diferentes manifestaciones de la globalización se encuentran procesos como la reorganización espacial de la producción, la interpenetración de las industrias a través de las fronteras, la expansión de los mercados financieros, la difusión y distribución de distintos tipos de bienes a lo largo del planeta, y la masificación de las corrientes migratorias, en particular desde el sur y el este hacia Occidente.

En consecuencia, se aprecia que el sistema internacional no es ya simplemente un sistema interestatal, sino que se transforma paulatinamente en una estructura plurilateral, en la que intervienen actores de distinto orden, nivel y alcance. Esta transformación tiene consecuencias importantes dentro de la lógica de la acción colectiva, pues incidirá en el orden internacional y en la forma como se gestionan los asuntos globales. La globalización no es ni uniforme, ni homogénea, sus fronteras son difusas, y ni los distintos

¹ MITTLEMAN, James H. (1996), “The Dynamics of Globalization” en MITTLEMAN, James H. (ed.) (1996), *Globalization Critical Reflections*, Boulder: Lynne Rienner Publishers, p. 2.

elementos que la componen, ni su carácter multidimensional han sido adecuadamente explorados². Para el desarrollo de este apartado se segmentará la exposición en tres momentos. El primero presenta de forma breve la configuración de la globalización de la segunda mitad de siglo XX, y para ello se siguen los planteamientos de Susan Strange. El segundo apartado identifica las explicaciones teóricas a dicho proceso, esto es se ocupa de identificar y analizar el contenido de la globalización, y por último un tercer segmento trata la cuestión del orden en la sociedad internacional en un contexto de globalización.

De Bretton Woods al Consenso de Washington

Los procesos que configuran la globalización no son una novedad en la historia de la humanidad. Geoffrey Jones sitúa el origen del comercio internacional alrededor del año 350 a.C. y la operación de las primeras compañías multinacionales hacia el año 250 a.C.³. A pesar de ello, la consolidación del mundo moderno, la modernidad, y con ella la expansión de Occidente y de la economía capitalista conduce a la creación de un sistema económico mundial a partir de la segunda mitad del siglo XIX. De tal manera que la interconexión de los distintos factores económicos y políticos a la ancho del globo se tornan esenciales. Jones plantea la existencia de dos economías globales: la primera surge a finales del siglo XIX, gracias a la creciente integración entre el capital, los bienes y los mercados en un contexto de apertura comercial liderada por una gran metrópoli colonial, los Estados de Europa, y de un alto nivel de desregulación⁴, en particular en el Reino Unido. Tal aperturismo se debió a una serie de elementos como el crecimiento económico propio de sistemas de producción más refinados, a la

² CERNY, Philip G. (1995), "Globalization and the Changing Logic of Collective Action", *International Organization* (V. 49, No. 4), p. 2.

³ JONES, Geoffrey (2008), "Globalization" en JONES, Geoffrey & ZEITLIN, Jonathan (eds.) (2008), *The Oxford Handbook of Business History*, Oxford: Oxford University Press, p. 142.

⁴ *Ibidem*, p. 143.

progresiva desaparición de las barreras geográficas en virtud del desarrollo tecnológico y a un mayor acercamiento de las formas políticas del mundo no sometido a dominación colonial⁵. La primera economía global se desintegra con ocasión de la Primera Guerra Mundial y de la crisis económica generada a partir del Crack del 29.

La segunda economía global comienza a reconstruirse al final de la Segunda Guerra Mundial con la creación de las instituciones de Bretton Woods, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Internacional para la Reconstrucción y el Fomento –hoy en día el Grupo Banco Mundial-, y posteriormente con la celebración del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, conocido como GATT. A ello se sumó el proceso de reconstrucción europeo-japonesa patrocinado primordialmente por los Estados Unidos, la consolidación de los Estados de bienestar –especialmente en Europa- con el consiguiente incremento de las clases medias y la confrontación ideológico política con la Unión Soviética y su órbita de influencia.

Según Held, McGrew, Goldblatt, y Perraton la globalización puede entenderse como un proceso o como un conjunto de procesos⁶ y por tanto no refleja una perspectiva unidimensional. Mas que plantear la creación de una comunidad global, lo que se genera es un entrecruzamiento de redes de diverso orden, así como sistemas de interacción e intercambio. Refleja por tanto la combinación y mezcla de los sistemas nacionales y sociales en dinámicas y procesos de alcance global.

Además, la densidad y alcance de la conexión transnacional comprende complejas redes entre Estados, comunidades, organizaciones internacionales,

⁵ Además de los Estados de Europa, se incluye a los Estados Unidos, Canadá, Sudáfrica, Australia, Nueva Zelanda, Japón, y en menor medida los Estados de América Latina.

⁶ HELD, David, MCGREW, Anthony, GOLDBLATT, David & PERRATON, Jonathan (1999), *Global Transformations. Politics, Economics and Culture*, Cambridge: Polity Press, p. 27.

organizaciones no gubernamentales (ONGs), y compañías multinacionales que acaban configurando cierto tipo de orden internacional. De esta manera la globalización se asemeja a una estructura de libertades y limitaciones en constante cambio. Al mismo tiempo es también un proceso dispar, el cual genera tanto esquemas de inequidad y jerarquía, como de inclusión y exclusión, y al mismo tiempo ganadores y perdedores. En suma, es un proceso de estructuración y estratificación.

Es así como casi todos los ámbitos de la vida social se encuentran inmersos en este proceso. Por ello, es posible comprender la globalización como un fenómeno social multifacético. A tal condición se agrega la simultánea re-territorialización y des-territorialización del espacio socio-económico y del espacio político. Por último, la globalización también se relaciona con la escala expansiva sobre la cual se organiza y ejerce el poder⁷.

En el ámbito de la economía y las finanzas se van a gestar las bases de la globalización de fin de siglo XX. Dicho contexto es especialmente relevante pues en él se tomaron y aplicaron las medidas que adoptaron buena parte de las economías más grandes del planeta a partir de una serie de acciones y omisiones tanto del orden de lo político como de lo económico. La académica británica Susan Strange es quizá quien mejor explica el desarrollo de los mercados financieros globales y lo que ella denomina capitalismo de casino. Para esta autora los desarrollos medulares se dan con posterioridad a Bretton Woods y sobre la base de cinco decisiones no tomadas por los Estados europeos, Japón y los Estados Unidos.

La primera de estas decisiones no tomadas fue el depositar en este último país la totalidad de la carga y del gasto de defensa en el contexto de la Guerra Fría con la Unión Soviética, tal situación liberará a dicho Estado de la responsabilidad de permanecer vinculado al sistema *Bretton Woods*, cuando su situación monetaria le exigió adoptar medidas contrarias a tal esquema de

⁷ *Ibidem*, pp. 27-28.

regulación. La segunda decisión no tomada se dio en el ámbito de las Naciones Unidas, al no privilegiar la ayuda redistributiva a los países en vía de desarrollo, en un momento clave, pues se daba inicio al proceso de descolonización en África y en Asia. La tercera decisión no tomada fue la negativa para adoptar un mecanismo institucional que solucionara la negociación de la deuda internacional; por el contrario la ausencia de tal instrumento supuso la adopción de soluciones ad hoc para atender las distintas crisis, con la consecuente disolución de responsabilidades. El fracaso en adoptar normas internacionales propias del *hard law* para regular y controlar el acceso, en especial por parte de los países desarrollados, al crédito y a las subvenciones a las exportaciones es la cuarta decisión no tomada. Finalmente, la desregulación de las normas para las transacciones financieras y la apertura de instituciones bancarias y de finanzas en la ciudad de Londres, supuso que ésta, en complemento con Nueva York, se constituyera como el centro gestor de las finanzas globales⁸.

Más allá de Bretton Woods, la década de los setenta del siglo XX marca el punto de quiebre de lo que se va a denominar con ligereza economía global⁹ o segunda economía global¹⁰. Se generan, siguiendo a Strange, cinco actos políticos cruciales. El primero de ellos es la abstención de los Estados Unidos de ejercer cualquier tipo de inversión en el mercado internacional de divisas¹¹, esto es que a pesar de imponer restricciones a las operaciones en moneda extranjera en su territorio, permite por omisión la consolidación de un mercado de tipos de cambio por fuera del territorio estadounidense, en especial en la *City* financiera de Londres.

⁸ STRANGE, Susan (1998), *Dinero Loco: el descontrol del sistema financiero global*, Barcelona: Paidós, pp. 17 – 18.

⁹ Rodrik explica el porqué no es global en su plenitud la economía actual, *Vid.* RODRIK, Dani (2007), *One Economics Many Recipes*, Princeton: Princeton University Press, pp. 196 – 197.

¹⁰ JONES Geoffrey (2008), *Op. Cit.*, p. 149.

¹¹ STRANGE, Susan (1998), *Op. Cit.*, p. 19.

El segundo acto político es el hacer creer al gran público y al sector especializado, por parte de los Estados que años más tarde conformarían del G7 (hoy G8), que una reforma monetaria internacional se estaba discutiendo a nivel internacional¹². Por el contrario, lo que paulatinamente se daría era la creciente desregulación de los mercados financieros; esto es, la reforma en el sentido opuesto.

El tercer acto político consiste en la decisión por parte de los Estados Unidos, acompañada de la pasividad europeo-japonesa, de negarse a negociar con los Estados miembros de la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP)¹³. Esta decisión desembocó en una parálisis de la economía mundial a comienzos de la década de los años 70, gracias al embargo del petróleo hecho por la OPEP en 1973. El impacto de dicho embargo se sentiría a lo largo de los años siguientes en las finanzas públicas de los Estados industrializados, lo cual abriría el camino para la configuración de una política económico liberal en muchos de ellos y la implantación del denominado Consenso de Washington en el mundo en vías de desarrollo.

El cuarto acto político consiste en la estrategia de los países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) de obstaculizar el desarrollo y consolidación de la Conferencia sobre la Cooperación Económica Internacional¹⁴. Esta Conferencia se inició en París en 1975 con la finalidad de discutir cuestiones relativas al desarrollo, la energía, las finanzas y las materias primas en un contexto de diálogo norte-sur¹⁵. Las sesiones culminaron en julio de 1977 con un absoluto fracaso y la emisión de una mera declaración que enumeró las cuestiones problemáticas (las mismas del inicio de las discusiones), sin plantear solución o acción

¹² *Ibidem*, p. 19.

¹³ *Ibidem*, p. 19.

¹⁴ *Ibidem*, p. 19.

¹⁵ OVERSEAS DEVELOPMENT INSTITUTE (1976), “The Paris Conference on International Economic Co-operation (CIEC)”, *ODI Briefing Paper*, pp. 1 – 2.

alguna¹⁶.

Finalmente, el quinto acto político se orientó a la financiación con dinero público de dos importantes quiebras bancarias en 1974¹⁷. Esto supuso un nuevo papel para los bancos centrales, pues actuaron más allá de su doble papel de reguladores bancarios y prestamistas de última instancia. El rescate fue el del *Franklin National Bank* de la ciudad de Nueva York, que involucró, por primera vez, a un banco con un número significativo de oficinas y operaciones por fuera de los Estados Unidos, con el consiguiente impacto para las finanzas internacionales¹⁸. A su vez, el rescate de este tipo de instituciones genera la cuestión del denominado riesgo moral (*moral hazard*) frente a aquellas instituciones que se consideran tan grandes, que es problemático que cierren por quiebra.

La sumatoria de esos actos condujo al abandono por parte de los Estados Unidos del sistema de tipos de cambio del Fondo Monetario Internacional creado en Bretton Woods, lo cual permitió el desarrollo del mercado de los denominados eurodólares, que permitió la transmisión de capital a lo largo del planeta a través de los distintos mercados integrados por medios electrónicos. El sistema Bretton Woods se concertó en julio de 1944 en el balneario homónimo de los Estados Unidos, y significó la fundación de lo que hoy es el Grupo Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional (FMI). Según Rodrik, el acuerdo implicó el compromiso de permitir a nivel internacional una disciplina y una vía a la liberalización del comercio y al mismo tiempo generar un margen de maniobra suficiente para tomar

¹⁶ AMUZEGAR, Jahangir (1977), "A Requiem for the North-South Conference, *Foreign Affairs* (V. 56, No. 1), pp. 136 – 137.

¹⁷ STRANGE, Susan (1998), *Op. Cit.*, p. 20.

¹⁸ FEDERAL DEPOSIT INSURANCE CORPORATION (1984), *A History of FDIC 1933 – 1983*, pp. 92 – 93, disponible en <http://www.fdic.gov/bank/analytical/firstfifty/chapter5.pdf> (última consulta 15 de mayo de 2013).

decisiones soberanas¹⁹. Esto último tenía como finalidad posibilitar el desarrollo de políticas nacionales orientadas al pleno empleo y al crecimiento económico. En tal sentido el FMI se encargaría de brindar créditos de corto plazo a los Estados, pero al mismo tiempo les brindaba un margen de autonomía para definir su política económica.

A su vez, dicha estructura posibilita realmente la generación de un sistema financiero internacional con una presencia global en el sentido pleno del término. En la medida en que las instituciones financieras pasan a ser un eje central del desarrollo económico a lo largo del planeta, no solo otorgando crédito a particulares y a gobiernos, sino por medio del diseño de esquemas novedosos de financiación, capitalización y de generación de dinero por vía de productos financieros especulativos, que se transan en distintas bolsas de valores del planeta, de manera constante y en tiempo real. El abandono por parte de los Estados Unidos de la concepción original del sistema, condujo a una liberalización del mercado de divisas a escala global, y a una desregulación del sistema financiero en los siguientes cuarenta años. El FMI pasa a ser el ente internacional que se encargará de prescribir la política económica de los Estados con crisis, en especial de aquellos en vías de desarrollo.

Además, se aprecia la necesidad cada vez mayor de consolidar el comercio internacional como un factor necesario para el desarrollo y expansión de capital en el planeta. Resulta necesaria la consolidación de un mercado capitalista global apuntalado sobre una serie de ejes planetarios²⁰ y con una institucionalidad que se refleja en la ampliación de las rondas de negociación del GATT, y en su posterior transformación en la Organización Mundial del Comercio (OMC). Esta expansión se caracteriza por una política de

¹⁹ RODRIK, Dani (2011), *The Globalization Paradox*, Oxford: Oxford University Press, pp. 69 – 70.

²⁰ Estos ejes son Norteamérica (más Brasil), Europa occidental (en especial la UE y el EFTA) y el Asia Pacífico.

reducción de aranceles y por la creación de espacios geográficos sin barreras comerciales. Evidencia, además, el actuar de las compañías multinacionales como entes que dinamizan la creación de un mercado global, pues por vía de la inversión extranjera directa propician la penetración y ampliación de mercados nacionales, lo que permite su integración, total o parcial²¹, en la economía global. Igualmente estas compañías multinacionales internalizan rápidamente los desarrollos tecnológicos, lo que les permite agilizar y abaratar sus procesos logísticos y de generación de valor, y por tanto potenciar aun más su capacidad de operación a escala global.

El radio de acción de estas compañías, en particular por medio de la inversión extranjera directa, supone que su actividad se imbrique con la del sector financiero internacional. Por una parte, ello requiere de capital para financiar dicha expansión, lo cual le proporciona una gran flexibilidad, pues cuenta con instrumentos cada vez más sofisticados que le cualifican para conseguir las sumas de dinero necesarias en un momento determinado, y le habilita para que dicho capital transite por distintos lugares del planeta de acuerdo con las necesidades de producción y de comercialización. Por otra parte, esas actividades suponen una presión para que en los distintos Estados –mercados– en los que adelanta su actividad productiva y de comercialización se cuente bien con instituciones financieras “confiables” que operen bajo los estándares internacionales de la banca, o bien que se habilite a la banca internacional para que esta tenga presencia directa en los nuevos Estados –mercados– en los que adelantan sus operaciones.

La consolidación del sistema financiero internacional visualiza la emergencia paulatina del fenómeno de la gobernanza global, en la que los distintos actores intervienen en mayor o menor medida en el proceso de regulación,

²¹ La integración parcial va a ser una de las características de la globalización contemporánea, la cual va a generar una gran estratificación de muchas áreas del planeta, por medio de su inclusión/exclusión de los flujos de capital global. Estos espacios de inclusión/exclusión pueden coincidir dentro del territorio de un Estado, acentuando más la crisis del concepto de soberanía estatal plena.

siendo el Estado uno más entre ellos. De esta manera, el sector financiero –si bien regulado por el Estado– se desdobra de forma tal que las instituciones en ciertos ámbitos fijan sus cuerpos de autorregulación. En otros ámbitos trabajarán con organizaciones internacionales o en redes tanto privadas como transgubernamentales.

El proceso de consolidación de un sistema financiero internacional y de expansión del comercio internacional, en especial por medio de las compañías multinacionales, genera una presión sobre los Estados en dos sentidos. El primero es el de las presiones económicas para financiar su funcionamiento (en el caso de los Estados desarrollados para el sostenimiento del Estado de Bienestar ya construido, y tratándose de los países en vía de desarrollo para los distintos programas de desarrollo económico y de generación y consolidación de la burocracia estatal). En consecuencia, el Estado debe cogerse con dichos actores distintos aspectos de su operación, los cuales tienen muchas facetas, desde mantener una buena colocación de los bonos de deuda pública, hasta despojarse de su poder de regulación y promover la autorregulación de dichos entes. Ello apareja la emergencia de grupos de influencia y cabildeo, que por vía de estudios económicos prescriben cuáles deben ser las acciones más eficientes que cada Estado debe adoptar para optimizar su economía, dentro de la idea de desregulación y estímulo de la actividad de tales actores. Tal cuestión se aprecia en diversas ocasiones por medio de entes informales de coordinación de políticas de créditos –tipo el Club de París²², o bien por medio de programas relativamente abstractos de políticas económicas impulsados por organizaciones internacionales del orden económico, como las recetas constitutivas del Consenso de Washington²³, o bien a través de foros donde confluyen actores privados (tanto del sector financiero, como de la industria

²² *Vid.* www.clubdeparis.org (última consulta 21 de marzo de 2013).

²³ A pesar de su nombre el carácter consensual del Consenso de Washington reside solo en su denominador, para el efecto *Vid.* NAÍM, Moises (2000), “Washington Consensus or Washington Confusion?”, *Foreign Policy* (Spring), pp. 86 – 104.

y de otros servicios) como los Estados, el Foro Económico Mundial, y en particular su reunión anual en la población suiza de Davos²⁴.

El segundo sentido de la presión se da en el escenario de competencia interestatal e intraestatal para acoger a las compañías multinacionales y al capital financiero global, como inversores en dichos territorios. Los Estados van a “competir” entre sí por ser el mejor lugar para llevar a cabo operaciones financieras y comerciales. Esta competencia se da por diversos medios, desde la opción de mano de obra a bajo coste, propia de los países en vías de desarrollo, al otorgamiento de beneficios fiscales y la seguridad jurídica que ofrece el ordenamiento jurídico de un Estado. En el ámbito financiero pueden oscilar entre un libre mercado de capitales, una legislación financiera flexible u optar por ser un paraíso fiscal, como centro de administración y tránsito de capitales.

Un claro indicio de esta competencia es el programa e informe *Doing Business* del Grupo Banco Mundial²⁵; en el que se definen una serie de indicadores que los Estados cumplen en mayor o menor medida, y cuyo resultado es la medición de las condiciones para llevar a cabo negocios de todo tipo. Gracias a la reputación del Banco Mundial, este programa tiene una gran incidencia en las políticas públicas que desarrollan los Estados para atraer capital e inversión a su territorio, y por ello no es de extrañar que los países peor clasificados sean aquellos que no se han incorporado en este tipo de procesos globales. Igualmente, no debe sorprender que esta competencia no se dé exclusivamente entre Estados en vía de desarrollo, sino que incluye a Estados desarrollados que compiten entre ellos y con los países en vías de desarrollo, y que en ciertos casos generan una competencia interna entre sus estructuras territoriales de gobierno.

Estos procesos económicos favorecen el auge del denominado sector

²⁴ *Vid.* <http://www.weforum.org/> (última consulta 21 de marzo de 2013).

²⁵ *Vid.* <http://www.doingbusiness.org/reports> (última consulta 21 de marzo de 2013).

servicios, que se caracteriza por su interconexión global, y que no sólo proporciona la logística necesaria para la materialización de las transacciones financieras y de comercio (servicios de información, de consultoría, de transporte, de logística, entre otros), sino que se convierte en canal de transmisión cultural. En ésta desempeña un papel destacado lo que podría llamarse “clase globalizada”²⁶, grupos de individuos integrados plenamente en estas dinámicas globales que transitan a lo largo del planeta propagando de manera indirecta, y quizá inconsciente, tendencias culturales de cierto tipo de globalización, y al mismo tiempo evidencian lo desequilibrada que es ésta, pues visibilizan las grandes desigualdades que se generan en términos de ingreso.

A su vez, sectores como el del entretenimiento difunden ciertos patrones y subpatrones culturales dirigidos bien al gran público (la industria cinematográfica, la televisión, en particular la televisión por suscripción, la industria discográfica entendida en un sentido amplio, y los juegos de video) o bien a sectores especializados (la industria editorial, ciertos contenidos en la internet –en particular los blogs–). Todos ellos generan tendencias e identidades transnacionales interconectadas entre sí, lo que supone una gran comunicación e intercambio de ideas entre sujetos, sin importar para nada el factor geográfico.

Al mismo tiempo el impacto ambiental generado por el modelo de desarrollo industrial capitalista desde la primera Revolución Industrial, alcanza tal magnitud que ocasiona un problema, que requiere soluciones más allá del espacio/ámbito del Estado – nación moderno. Pero este impacto negativo, estimula, de manera simultánea, el trabajo interconectado entre una serie de organizaciones de base (*grassroots organizations*), que sin importar el lugar en el

²⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa (2002), “The Processes of Globalisation” en *Eurozine*, p. 5, disponible en <http://www.eurozine.com/articles/2002-08-22-santos-en.html> (última consulta 21 de marzo de 2013). *Vid.* FALK, Richard A (2002), *La globalización depredadora*, Madrid: Siglo XXI de España Editores.

que se encuentren, comienzan a interactuar entre ellas, a partir de una serie de preocupaciones locales, que por su impacto ambiental se tornan en globales.

Robert Cox identifica esta tendencia como globalismo, por el que entiende la preocupación por lo sostenible en un contexto de degradación ambiental alta y transfronteriza, de allí que se requiera de la transformación de las condiciones actuales de producción, bajo la mentalidad de pensar en clave global y actuar de forma local. Esta manera de pensar, indica Cox, emerge, al igual que los procesos globalizantes, en las sociedades capitalistas avanzadas que con el conocimiento, el prestigio y los recursos presentes en dichas sociedades diseminan estas premisas como un conocimiento objetivo a lo largo del globo²⁷. Tal situación plantea además un cuestionamiento ético en el sentido de preguntarse quién está consumiendo la mayor parte de los recursos del planeta y al mismo tiempo genera una mayor polución y goza de un mejor nivel de vida.

Igualmente, procesos como el de la protección internacional de los derechos humanos, generan un tipo similar de organizaciones de promoción y defensa de dichos derechos que desde lo local se tornan globales o que siendo de alcance global, trabajan en red con los entes locales para adelantar su actividad transnacional. El activismo en relación con la protección internacional de los derechos humanos se convierte uno de las tendencias más visibles de la globalización, pues bajo este denominador es posible encontrar tendencias particulares y movimientos sociales de todo tipo como la protección de las mujeres, protección de los niños, grupos de defensa de la libertad religiosa, de la diversidad cultural, de la diversidad sexual, las organizaciones sindicales, incluso los defensores del comercio justo.

Estas agrupaciones se organizan por medio de redes globales, aprovechando

²⁷ COX, Robert (1996), "A Perspective on Globalization", en MITTLEMAN, James H. (ed.) (1996), *Globalization. Critical Reflections*, Boulder: Lynne Rienner Publishers, p. 24.

las tendencias enunciadas atrás: la revolución tecnológica y la globalización de tendencias y patrones culturales. De modo que pueden adoptar conductas que oscilan desde opciones institucionales como la celebración periódica del Foro Social Mundial²⁸, o adelantar actividades radicales “anti-sistema” por medio de protestas agresivas, siendo la más visible la de Seattle en 1999 durante la Segunda Conferencia Ministerial de la OMC, o ataques a los denominados “íconos globales”, como el caso del granjero francés José Bove frente a la cadena estadounidense McDonald’s y frente a alimentos genéticamente modificados²⁹ y de forma más reciente los denominados movimientos de “indignados”. Con cierta ironía autores como Martin Wolf, quien es el jefe de la sección económica del *Financial Times*, denomina estos movimientos como los colectivistas del nuevo milenio³⁰ que ponen en riesgo el proceso de globalización liberal.

Dichos movimientos, que autores como el estadounidense Richard Falk³¹ y el portugués Boaventura de Sousa Santos³² encuadran como “globalización contra-hegemónica” o globalización “desde abajo”, reflejan lo que podría denominarse la contra-faceta de la globalización. Ocurre cuando por medio de una actuación local, que se torna global, se pretende visibilizar la faceta “diabólica” de la globalización, esto es la globalización de los excluidos. Quizá una mejor conceptualización es la que elaboran por una parte Clark, Jay y Hochstetler, y por la otra Keck y Sikkink. Las primeras llevan a cabo un estudio de los partícipes que conforman la sociedad civil global entendida

²⁸ Ver http://www.forumsocialmundial.org.br/index.php?cd_language=2 (última consulta 21 de marzo de 2013).

²⁹ Ver <http://www.nytimes.com/2003/02/27/world/world-briefing-europe-france-activist-jailed-in-attack-on-modified-crops.html?ref=josebove> (última consulta 21 de marzo de 2013).

³⁰ WOLF, Martin (2004), *Why Globalization Works*, New Haven: Yale University Press, p. 7.

³¹ FALK, Richard (2005), “The Changing Role of Global Civil Society” en BAKER, Gideon & CHANDLER, David (2005), *Global Civil Society. Contested Futures*, Abingdon: Routledge, pp. 75 – 75.

³² SANTOS, Boaventura de Sousa (2002), *Op. Cit.*, p. 37.

como el conjunto de actores no estatales, geográficamente diversos y representativos de todas las regiones, que participan e interactúan de manera regular y constante. Estos tienen por medio de ONG's acceso a formas de gobernanza global y entre ellos desarrollan una mínima coherencia social, unas expectativas compartidas de comportarse y lograr un entendimiento en lo sustancial de sus posiciones³³.

A su vez Keck y Sikkink, prefieren identificar la existencia de redes transnacionales de abogacía. Estas redes incluyen a aquellos actores que trabajan internacionalmente sobre una materia, una temática específica y que están conectados entre sí por el hecho de compartir ciertos valores, un discurso y además por el intercambio intenso de información y servicios³⁴. Según las autoras lo interesante de este nuevo tipo de partícipes es la habilidad que tienen, como sujetos no tradicionales del orden jurídico internacional, para movilizar información de manera estratégica y, con ello, llamar la atención sobre nuevas problemáticas e intentar persuadir y presionar a otro tipo de actores institucionales, incluyendo a los Estados.

Todas estas tendencias –globalización financiera y de inversión, globalización de los servicios y con ellas globalización cultural, globalización de los movimientos sociales por medio de grupos de base de protección del medio ambiente y de protección, promoción y defensa de los derechos humanos en un sentido amplio–, suponen un contexto, un marco institucional que en las actuales condiciones podríamos catalogar de difuso, y que marcará los extremos del debate y la discusión respecto de la gobernanza global.

³³ CLARK, Anne Marie, and FRIEDMAN, Elisabeth Jay & HOCHSTETLER, Kathryn (2005), “The Sovereign Limits of Global Civil Society: A Comparison of NGO Participation in UN World Conferences on the Environment, Human Rights and Women”, en WILKINSON, Rorden (ed.) (2005), *The Global Governance Reader*, Abingdon: Routledge, p. 293.

³⁴ KECK, Margaret E & SIKKINK, Kathryn (1998), *Transnational Advocacy Networks in International and Regional Politics*, Ithaca: Cornell University Press, p. 89.

El contenido de la globalización

La globalización se plantea como un concepto polisémico³⁵, recogido por la economía política de las dinámicas de internacionalización que rinden sus frutos en los años ochenta y noventa³⁶. Al mismo tiempo es un concepto que dista de ser unívoco y que se constituye en una especie de leitmotiv para la identificación mediática y teórica de una serie de procesos que envuelven el actuar contemporáneo en distintos órdenes y niveles. En éstos se da una creciente autonomía de la economía en relación con la política y la emergencia de nuevas estructuras de decisión que operan en tiempo real con alcance planetario. A su vez los cambios de tiempos y dinámicas de los parámetros de competitividad en todos los órdenes, en especial la desterritorialización de las formas institucionales de producción, comercialización e incluso de regulación.

Por ello la globalización contemporánea es un concepto dominante y dúctil. Dominante en la medida en que se convierte en el hilo conductor de las discusiones teóricas de las ciencias sociales contemporáneas. De modo que en los distintos campos disciplinares se habla de globalización económica, de globalización cultural, de una sociología de la globalización, de la globalización del derecho, de una gobernanza global. Éste es un debate que genera corrientes apoloéticas de los procesos de globalización y a su vez dinámicas escépticas.

Es dúctil, pues supone que el término globalización tenga una connotación maleable y cambiante de acuerdo con la óptica con que se le trate. En tal sentido es posible identificar diferentes definiciones del concepto. Saskia

³⁵ FARIA, José Eduardo (1999), *El Derecho en la economía globalizada*, Madrid: Trotta, p. 49.

³⁶ *Vid.* STRANGE, Susan (1996), "The state of the State", en STRANGE, Susan (ed.) (1996), *The retreat of the State. The Diffusion of Power in the World Economy*, New York: Cambridge University Press; STRANGE, Susan (1995) *Op. Cit.*; GILPIN, Robert (1987), *The Political Economy of International Relations*, Princeton: Princeton University Press.

Sassen la identifica con dos dinámicas, una que atiende a los procesos e instituciones explícitamente globales como la Organización Mundial del Comercio, los mercados financieros globales, el nuevo cosmopolitismo³⁷ o los tribunales penales internacionales ³⁸ . Las prácticas y procesos organizacionales sobre los que estas dinámicas operan es aquello de lo que típicamente se entiende como global. La otra dinámica que identifica Sassen es aquella, no tan visible, que atiende a procesos construidos y desarrollados en clave nacional, que se encuentran a lo largo del planeta, y que a pesar de esa localización inicial, su actividad involucra la construcción de redes transnacionales y de entidades que conectan a dichos actores³⁹.

Autores de perspectiva crítica como John Gray consideran que la globalización puede significar muchas cosas. Puede entenderse como la expansión mundial de las modernas tecnologías de producción y de comunicaciones. También se puede decir que globalización es que la mayoría de las economías están conectadas con otras economías en todo el mundo, así esta conexión se dé en distintos grado. Igualmente se puede visualizar

³⁷ Según David Held el cosmopolitismo se entiende del siguiente modo: “El cosmopolitismo concierne la apertura de los fundamentos éticos, jurídicos y culturales del orden político en un mundo en el cual las comunidades políticas y los Estados son importantes, pero no son los únicos actores. En los eventos en los cuales las trayectorias de los Estados se encuentran en un alto grado de imbricación, es necesario reconocer la particularidad de cierta ‘razón de Estado’. Éste [el Estado] si bien es un vehículo muy importante para la conducción del reconocimiento de la esfera pública, de la libertad e igualdad y de la justicia social, no debe tenerse por un ente ontológicamente privilegiado. Debe ser juzgado por la forma en que suministra dichos bienes públicos y en qué medida es incapaz de hacerlo, pues la historia de los Estados está marcada no solo por épocas de mal liderazgo y corrupción, sino también por los episodios más sangrientos. Un cosmopolitismo relevante para nuestra era global, tiene que tener esto en cuenta como punto de partida e iniciar la construcción de una noción con fundamento ético y políticamente fuerte de las bases de la comunidad política y de las diversas relaciones entre comunidades”. [traducción propia], en HELD, David (2009), “Restructuring Global Governance: Cosmopolitanism, Democracy and the Global Order” *Millenium Journal of International Studies* (V. 37, No. 3), p. 535.

³⁸ Se refiere al Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, el Tribunal Penal para Ruanda y el Tribunal Penal Internacional.

³⁹ SASSEN, Saskia (2006), *A Sociology of Globalization*, Chicago: Norton, p. 5.

como los cambios culturales que tienen lugar cuando las sociedades pasan a estar vinculadas a los mercados mundiales y a depender de ellos en diversas medidas⁴⁰.

David Held y Anthony Mc Grew van más allá en su caracterización de proceso. En obras como *Globalización/Antiglobalización*, así como en *Global Transformations*, definen globalización como la profundización a escala ampliada y con alcance creciente y acelerado del impacto de los distintos flujos y patrones transcontinentales de interacción social⁴¹. Por tanto, y como señalan estos últimos autores, el concepto es variable y sujeto a contestación no solo por los académicos, sino por los distintos actores sociales.

Una concepción reciente es la de entender la globalización como paradigma de estudio en las ciencias sociales, perspectiva que es desconocida por las corrientes teóricas de las Relaciones Internacionales como el neorrealismo y el liberalismo institucional. Esta propuesta esquematizada por Philip Cerny parte de la complejidad de delimitar el concepto y la necesidad de descartar tópicos como “el surgimiento de un mundo sin fronteras” o “del declive o desaparición del Estado”. En consecuencia dicho autor propone etiquetar el concepto de globalización en tres dimensiones: económica, social y política. Estas etiquetas de por sí, no son para nada novedosas, pero si serán de utilidad, siguiendo a Cerny, para delimitar teóricamente la globalización como proceso y objeto de estudio de las ciencias sociales de fin de siglo XX y comienzo del siguiente, en particular para los campos que nos ocupan: las Relaciones Internacionales y el Derecho internacional.

La primera dimensión es la económica, en ella la globalización implica la expansión multinivel de los distintos ámbitos en que se mueven los actores y compañías en el mercado. Esta expansión permite la transformación de la

⁴⁰ GRAY, John (2000), *Falso amanecer los engaños del capitalismo global*, Barcelona: Paidós, p. 75.

⁴¹ HELD, David & MCGREW, Anthony (2003), *Globalización/Antiglobalización*, Barcelona: Paidós, p. 17.

economía internacional en la que es posible identificar una serie de ventajas competitivas que pueden ser manipuladas en formas que no son necesariamente dependientes del Estado nación⁴². Es por ello que actores no estatales toman la iniciativa en la variable económica de la globalización. Compañías multinacionales e intermediarios financieros tienen la capacidad de deslocalizar capital, distribución y producción a lo largo del planeta, con implicaciones radicales para las economías nacionales. Al mismo tiempo cierta modalidad de firmas familiares tienen la capacidad de adaptarse a las condiciones del mercado, lo cual les permite adelantar una globalización propia a escala reducida, mientras que la mayoría de este tipo de unidades económicas se ve afectada de manera negativa por la expansión global de la economía.

Por añadidura se da una fragmentación del territorio al propiciarse el surgimiento de las ciudades-región que se convierten o transforman en centros de desarrollo económico especializado. Ello les posibilita un espléndido crecimiento y transformación (Hong Kong, Londres, Singapur, Dubái) y al mismo tiempo genera una estratificación dentro de los territorios en los cuales se asientan, resaltando y recordando lo desigual del proceso de globalización económica y lo limitado que se encuentra el Estado para su control y regulación.

La segunda dimensión señalada por Cerny es la social. En este campo es necesario identificar tres miradas: cultura-identidad, guerra, y clase. Así, en un primer momento se da la dificultad de construir una cultura nacional homogénea⁴³. El surgimiento de identidades regionales, del respeto a las minorías étnicas y el multiculturalismo en general dificulta e incluso impide la homogeneidad predicada por el Estado nación moderno. En tal sentido se ponen de manifiesto diversas formas de expresar la identidad y la pertenencia

⁴² CERNY, Philip, G. (2010), *Rethinking World Politics. A Theory of Transnational Neopluralism*, Oxford: Oxford University Press, p. 33.

⁴³ *Ibidem*, p. 34.

que dejan atrás el vínculo “afectivo” con la nación. Entre estas formas se identifican vínculos étnicos transfronterizos, identidades regionales, ideologías radicales, patrones culturales (y de contracultura) comunes, todos ellos marcados por la posibilidad de vincularse sin importar el factor espacial.

En segundo lugar, la guerra en la globalización contemporánea se adapta más a lo que la politóloga británica Mary Kaldor denomina las nuevas guerras⁴⁴. En ellas se prefiere el conflicto interno de baja intensidad; interno en cuanto no se trata de un conflicto acorde con el conflicto interestatal clasificado como tal en el Derecho internacional; esto es, no supone un enfrentamiento armado entre los ejércitos dos estados formalmente reconocidos como tales en el Derecho internacional. Pero a pesar de que la dinámica de los enfrentamientos armados es interna, este tipo de conflicto es global en cuanto a los actores que en ellos intervienen, toda vez que en este tipo de guerras están presentes los actores de la criminalidad global de manera fuerte y persistente. A su vez hay una serie de intereses económicos globales con ramificaciones de igual alcance, que contribuyen a mantener y prolongar el conflicto. El tráfico de armas (legal e ilegal), el de estupefacientes, el de minerales, por no mencionar la participación de compañías privadas de seguridad, son esenciales para dinamizar este tipo de conflictos y conferirles un carácter global.

Una tercera manifestación de la dimensión social atiende a las cuestiones de clase. Según Cerny actualmente los hombres y mujeres de negocios, las escuelas de administración, la prensa económica y los encuentros de la elite internacional enfocan a escala global los problemas y las cuestiones relativas a la política y la economía, de forma que el discurso de la globalización es hegemónico en el entorno de los negocios⁴⁵. Esto se refuerza con la emergencia de las denominadas comunidades epistémicas, que serán claves

⁴⁴ Vid. KALDOR, Mary (1999), *Las nuevas guerras: la violencia organizada en la era global*, Barcelona: Tusquets.

⁴⁵ CERNY, Philip (2010), *Op. Cit.*, p. 35.

para el rol de la autoridad privada en la gestión de los asuntos de la globalización. Estas comunidades epistémicas son entendidas, según Haas, como aquellas redes de profesionales con una experiencia y un conocimiento reconocidos en un campo del conocimiento, lo cual les permite afirmar autoridad para influir en el proceso de definición de políticas relevantes para dicho campo⁴⁶. Las redes que conforman una comunidad van a compartir una serie de valores y principios que en este caso son los propios de la globalización y en concreto los de la globalización económica y liberal contemporánea. Desde una mirada neomarxista este tipo de clase configura una clase dirigente transnacional⁴⁷.

De hecho el denominador “clase” es también sometido a criba, y de tal forma se propone como un mejor rótulo el de comunidad o el de grupos de identidad o solidarios. Estos dos denominadores posibilitan que la manifestación social de la globalización se expanda a conjuntos de naturaleza diversa, generando una constelación de redes globales vinculadas por una miríada de intereses.

Finalmente, la tercera dimensión a la que se refiere Cerny es la dimensión política. La heterogeneidad de la globalización se refleja en el cambio político. Esto es, el Estado nación como estructura central del mapa político moderno está transformándose por y a través del proceso de globalización⁴⁸. Se da entonces el surgimiento de lo que este autor denomina el Estado en situación de competencia. De esta manera el Estado va intentar posicionarse frente a los diversos actores que buscan restarle autoridad, gobernación y protagonismo. La competencia se da entonces frente actores no estatales, como frente a otros estados.

Se considera, según Cerny, que la inhabilidad del Estado para coordinar sus

⁴⁶ HAAS, Peter M., (1992), “Introduction: epistemic communities and international policy coordination”, *International Organization* (V. 46, No. 1), p. 3.

⁴⁷ Cox citado por CERNY, Philip (2010), *Op. Cit.*, p. 35.

⁴⁸ CERNY, Philip (2010), *Op. Cit.*, p. 36.

respuestas a las presiones globalizantes de forma estructurada genera que ciertos grupos que “tradicionalmente” estaban atados a las fronteras del Estado experimenten la posibilidad de regular sus actividades. Eso permitiría la expansión de otros ámbitos de autoridad distintos al estatal.

En suma, la perspectiva de Cerny reafirma el carácter polisémico del término globalización. Enfatiza en su doble condición de ser al mismo tiempo proceso y discurso. Tal dualidad genera inestabilidad en el orden internacional, pues se oscila entre un mundo pluralista basado en el capitalismo liberal y en los vestigios de la democracia liberal, y un mundo en el que las fuerzas divergentes y la inequidad conduzcan un escenario más volátil y neomedieval⁴⁹.

Desde una visión más sintética Manfred Steger considera esencial la distinción entre globalidad y globalización. Para este autor la cualidad de ser global (*globality*)⁵⁰ significa una condición social caracterizada por una firme interconexión global en los ámbitos de la economía, la política, la cultura y el medio ambiente, y por flujos que traspasan las fronteras y límites estatales. En tal sentido, este concepto significa una condición futura la cual dará vía a nuevas constelaciones de relaciones sociales.

Por su parte, el concepto de globalización se aplica a un conjunto de procesos en el ámbito de la sociedad, que da la impresión de transformar actual configuración de la misma, en el sentido de que se debilita el concepto de nacionalidad en favor del de globalidad. En su núcleo la globalización concierne a las diversas formas de distintas y mutables relaciones humanas. Así, la noción de globalización implica tres modalidades de afirmación: la primera es que de manera paulatina se deja atrás el concepto de nacionalidad forjado en el siglo XVIII. La segunda es que se avanza a lo que se denomina globalización posmoderna, y la tercera es que, de forma paradójica, no se

⁴⁹ *Ibidem*, p. 39.

⁵⁰ STEGER, Manfred (2009), *Globalization: A Very Short Introduction*, Oxford: Oxford University Press, p. 8.

llega a dicha condición posmoderna⁵¹.

Por tanto, según Steger, la globalización constituye un conjunto de procesos sociales envueltos por la emergencia de un imaginario global, el cual nos impulsa hacia la condición de globalidad y así, según él, eliminar el peligro de definiciones circulares. Sin embargo, todo el conjunto de definiciones transitan por los conceptos de interrelación, redes e interconexión. De allí que, si bien la definición de globalización es un concepto en disputa, es posible identificar cuatro características comunes a ella. La primera característica se refiere a que la globalización incorpora la creación y multiplicación de redes sociales y actividades que transitan a lo largo de las fronteras de la economía, de la política, de la cultura y de la geografía⁵². La segunda se orienta a la expansión y estiramiento de las relaciones sociales, de sus actividades y de su interdependencia. La tercera se dirige a explicitar la intensificación y la aceleración de los intercambios y actividades sociales. Finalmente, la cuarta característica se ocupa de expresar que los procesos de globalización no tienen lugar de forma exclusiva en un nivel objetivo, y que por tanto también involucran una dimensión subjetiva de la conciencia humana. Con base en estos elementos Steger define la globalización como la expansión e intensificación de las relaciones sociales y el reconocimiento que dichos atributos superan las barreras del espacio – mundo y del tiempo – mundo⁵³.

Los teóricos neoliberales de las Relaciones Internacionales Joseph Nye Jr. y Robert O. Keohane retoman el concepto de globalismo desde una perspectiva diferente a la de Cox. Para ellos dicho concepto es un estado de cosas en el mundo que involucra redes de interdependencia en distancias transcontinentales. De esta manera la globalización y su anverso la desglobalización se refieren al incremento o decrecimiento del globalismo. Este

⁵¹ *Ibidem*, p. 9.

⁵² *Ibidem*, p. 14.

⁵³ *Ibidem*, p. 15.

fenómeno, el globalismo, puede considerarse instrumental y lo relacionan con la noción de interdependencia (que es de su creación) y estiman que en dicha relación se dan dos características. La primera es su remisión a redes interconectadas y la segunda es que para que una red interconectada sea global tiene que comprender distancias multicontinentales y no simplemente redes regionales. Por tanto, la globalización se refiere a la reconducción de la distancia, pero pensada en gran escala, y por tanto puede contrastarse con localización, nacionalización o regionalización⁵⁴.

Según Keohane y Nye interdependencia y globalismo son fenómenos multidimensionales que tienen diversas manifestaciones más allá de lo económico. Incluyen por tanto cuestiones como la protección al medio ambiente, las migraciones, la religión, la actividad militar y la guerra. De esta forma cada una de estas esferas comprende distintas variables, así el globalismo económico implica flujos de larga distancia de bienes, servicios y capital, así como de información y de las percepciones que acompañan a los intercambios económicos de los mercados⁵⁵. Por su parte, el globalismo militar se refiere a las redes de larga distancia en las cuales la fuerza o la amenaza de su uso son el elemento central. El medioambiental se orienta al recorrido en grandes espacios de partículas en la atmósfera o en los océanos, así como de sustancias biológicas como patógenos o materiales genéticos que afectan la salud y el bienestar humano. En cuanto al globalismo social y cultural involucra movimientos de ideas, de información y de imágenes, así como de las personas que las difunden⁵⁶.

De esta forma la globalización es el proceso por el cual se incrementa el globalismo en las distintas etapas de la historia. En tal sentido cuando se habla de una era globalizada, se hace referencia a aquel momento en que se

⁵⁴ KEOHANE, Robert O. & NYE Jr, Joseph S. (2000), "Governance in a Globalizing World" en KEOHANE, Robert O. (2002), *Power and Governance in a Partially Globalized World*, Nueva York: Routledge, p. 194.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 195.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 196.

da un globalismo fuerte o grueso. La particularidad de la actual globalización radica en que su ritmo es más rápido, más barato, y más profundo, toda vez que en la medida en que se ensancha el globalismo, éste da lugar a la creciente densidad de redes y al incremento de la velocidad institucional correlativa al de la participación institucional. Así, las conexiones potenciales ocurren en la totalidad del planeta⁵⁷. El asunto medular es que este incremento en la magnitud del globalismo no es sólo una diferencia de grado con el pasado. La nueva dimensión del globalismo significa que la intersección en las relaciones de interdependencia es más profunda y se da en distintos puntos. Por tanto, las consecuencias de los hechos que suceden en un área geográfica o en una dimensión particular pueden tener efectos profundos en otras áreas geográficas y en otras dimensiones⁵⁸.

Los diversos procesos de globalización y las distintas formas de teorizarla permiten, siguiendo a Ibáñez, identificar cuatro tendencias que la caracterizan: desigualdad, especialidad, competencia y autoridad privada⁵⁹. Desigualdad en cuanto a que la expansión económica de la segunda mitad del siglo XX, si bien posibilitó un incremento exponencial de la riqueza, es dramáticamente estratificada. La posibilidad de crear zonas económicas especiales, de atraer inversión extranjera, de otorgar mejores garantías para el desarrollo económico permite que ciertos territorios, no necesariamente Estados, disfruten de una mayor riqueza y bienestar que otros. Al mismo tiempo la nueva estratificación social de la que habla Cerny, permite identificar ciertos grupos de individuos perfectamente capacitados y adaptados a las exigencias de la nueva economía global, creando lo que Cox y Santos⁶⁰ denominan una nueva elite transnacional. Las desigualdades entre

⁵⁷ *Ibidem*, p. 200.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 201.

⁵⁹ IBÁÑEZ M., Josep (2005), *El control de Internet. poder y autoridad en los mercados electrónicos*, Madrid: Libros de la catarata, pp. 102 -104.

⁶⁰ *Vid.* COX, Robert (1996), *Op. Cit.* y SANTOS, Boaventura de Sousa (2002), *Op. Cit.*

grupos extremos (los más ricos frente a los más pobres) y entre Estados se hace más notoria y visible. Desde perspectivas liberales, en sentido económico, la discusión es objeto de amplio debate, y así, autores de corte liberal como Martin Wolf rechazan enfáticamente que la globalización genere desigualdad y pobreza⁶¹.

Especialidad en cuanto a que el conocimiento y la producción se tornan más complejos, y requieren de saberes muy particulares y técnicos para dar respuesta a las demandas de la economía global. Tal situación propicia una nueva división internacional del trabajo, que se caracteriza por el saber particularizado y experto. Dicho saber permite que distintas regiones se perfilen como el espacio en el que se desarrolla una gran especialidad en ciertos saberes, y en determinada capacidad de hacer algo de importancia para la economía planetaria. Este conocimiento propio de los expertos refuerza el papel de los actores no estatales más vinculados con la actividad económica.

Las dos tendencias restantes son consecuencia de dichas formas de producción. Por una parte está la competencia global a todo nivel entre Estados, regiones, ciudades, compañías e individuos, lo cual ayuda para que el capital tenga la capacidad de movilizarse y operar en aquellos lugares en los cuales se maximice su utilidad en mayor medida. De esta manera el mercado mundial se segmenta en diversos compartimientos, tanto en términos de generación de capital, como de unidades de producción y de prestación de servicios.

Finalmente, se encuentra que la autoridad privada se convierte en necesaria para dar una respuesta adecuada a las nuevas necesidades sociales, y a los distintos grupos que transitan las redes globales de todo tipo. Las limitaciones, bien del orden económico, técnico o ideológico, generadas por los procesos de globalización permiten que ese espacio sea ocupado por

⁶¹ WOLF, Martin (2004), *Op. Cit*, pp. 157 y ss.

actores no estatales investidos de autoridad en su campo o sector específico. Esta autoridad privada, que surge de una forma muy diferente a la autoridad pública, tiene la particularidad que no pretende ejercer un poder pluricompreensivo asimilable al del Estado.

El proceso de globalización contemporánea supone a manera de conclusión una transformación de la sociedad internacional, en el sentido que esta experimenta una ampliación de los actores que en ella intervienen, más allá que formalmente se conserven los diques normativos del Derecho internacional público. Por tanto, el denominador sociedad internacional, entendido en clave de la concepción desarrollada por Hedley Bull, se torna limitado y desarticulado pues no da respuesta a las dinámicas y procesos de la sociedad contemporánea. El concepto de sociedad postinternacional⁶² y de sociedad global responde en mayor medida a los procesos propios de la globalización en el que en la órbita de lo “internacional” interactúan toda una serie de actores a la par que los Estados. Sin embargo, la literatura continúa empleando de forma constante el denominador tradicional.

Los procesos de globalización y el rumbo que toma el actuar por fuera de las esferas nacionales al fin de siglo XX y comienzo de siglo XXI implican una reconceptualización de los actores de la sociedad internacional. El ámbito de lo internacional se torna más complejo, más intenso, más regulado y más descentralizado. Esta última caracterización supone un incremento en el número de actores que se desempeñan en dicho entorno y con ello la necesidad de adoptar una noción pluralista de actor internacional. En la medida en que la noción de soberanía deja de ser la condición esencial para predicar la existencia de un actor y siendo necesario atender a criterios como

⁶² Algunos autores, si bien reconocen que la creciente participación de actores internacionales desdibuja el concepto de sociedad internacional, estiman que es adecuado conservar su uso siempre que se reconozcan dichas transformaciones, *Vid.* GARCÍA S., Caterina (2005), “Prólogo a la edición española” en BULL, Hedley (2005), *La sociedad anárquica*, Madrid: Libros de la catarata, p. 18.

la autonomía, la influencia y la voluntariedad⁶³, en palabras de Abram y Antonia Chayes soberanía es un estatus por el que se reclama la pertenencia de un Estado como miembro de la sociedad internacional. Sin embargo, la única forma en que ellos pueden materializar dicho estatus es por medio de la participación en distintos niveles en los regímenes que regulan y ordenan el sistema internacional⁶⁴. De esta forma actores no estatales y especialmente actores privados intervienen de manera permanente en la sociedad internacional y con diversos grados de efectividad. Su presencia les permite influir con autoridad en ciertas cuestiones específicas y frente a determinados actores.

En la siguiente sección se analizarán con mayor detalle los tipos de actores que intervienen activamente en la sociedad internacional. Por el momento, nos limitaremos a afirmar que las categorías propias del Derecho internacional público en cuanto a los sujetos del mismo deben reconceptualizarse para dar cabida a una noción más amplia de sujeto.

Por su parte, el concepto de orden es recurrente en el estudio de las Relaciones Internacionales. La denominada Escuela Inglesa de las Relaciones Internacionales, en especial a partir de *The Anarchical Society* de Hedley Bull, es la que se preocupa por brindar una concepción de orden más pluralista que la que ofrecen las corrientes dominantes del neorrealismo y del

⁶³ IBÁÑEZ M., Josep, “Actores, autoridades y sujetos: el pluralismo de la política mundial y su incidencia sobre el ordenamiento jurídico internacional” en GARCÍA S., Caterina & RODRIGO H., Ángel, (2011), *Unidad y pluralismo en el Derecho internacional público y en la comunidad internacional: coloquio en homenaje a Oriol Casanovas*, Madrid: Tecnos, p. 111, y GARCÍA S., Caterina (1993), “La evolución del concepto de actor en la Teoría de las Relaciones Internacionales” en *Papers Revista de Sociología* (No. 41), p. 18, también *Vid.* PAREJA A., Pablo (2010), *Actores y orden en las relaciones regionales de Asia oriental*, tesis doctoral UPF, disponible en <http://www.tdx.cat/handle/10803/7326;jsessionid=12D6D1DB7F36D41EE0A1D592FDC9E844.tdx2> (última consulta 27 de mayo de 2013).

⁶⁴ CHAYES, Abram & CHAYES, Antonia (1995), *The New Sovereignty. Compliance with International Regulatory Agreements*, Cambridge: Harvard University Press, p. 27.

liberalismo institucional. La concepción de orden planteada por Bull⁶⁵ refleja los patrones de comportamiento para la preservación de ciertos objetivos dados por la sociedad internacional. La sociedad internacional, presente de distintas formas en el mundo moderno, es donde se manifiesta dicho orden internacional a pesar de lo frágil que pueda ser la sociedad. Para Bull es necesario compartir unos intereses, unas normas y unas instituciones para que se genere la construcción de una sociedad internacional ordenada.

El trabajo del autor australiano Christian Reus-Smit, en busca reconceptualizar el constructivismo y la Escuela Inglesa de las Relaciones Internacionales, ofrece una explicación del estado de cosas de la sociedad internacional. Desde la mirada de la Escuela Inglesa y el neoconstructivismo en las Relaciones Internacionales, la obra de Reus-Smit ayudará a ofrecer una nueva lectura del concepto y la estructura de la sociedad internacional. Este autor explica su concepción de la sociedad internacional tomando como base la teoría de la Acción Comunicativa del filósofo alemán Jürgen Habermas, que sintetiza en tres afirmaciones.

La primera indica que una vez se logra un acuerdo comunicativo, este se basa en el fin de las razones. La segunda expresa que no todas las razones tienen igual entidad, solo aquellas que son acordes a los altos valores del orden mutuamente reconocidos y considerados como válidos. Por último manifiesta que las razones que tienen un mayor peso en el discurso práctico son aquellas que apelan a las ideas fuertemente arraigadas y compartidas que constituyen un agente social legítimo. En tal sentido los valores de identidad representan la gran “bodega de almacenamiento” de los bienes culturales para aquellos que participan en los distintos procesos de comunicación⁶⁶.

⁶⁵ Vid. BULL, Hedley (2005), *La sociedad anárquica. Un estudio sobre el orden en la política mundial*, Madrid: Libros de la catarata.

⁶⁶ REUS-SMIT, Christian (1997), “The Constitutional Structure of International Society and the Nature of Fundamental Institutions”, *International Organization* (V. 57), p. 564.

En ese orden de ideas el autor identifica tres categorías (identidad estatal, soberanía y acción política)⁶⁷, que a su vez conducen a las estructuras constitucionales de la comunidad internacional. Define estas estructuras como conjuntos coherentes de creencias intersubjetivas, principios y normas que llevan a cabo tres funciones de orden en las Relaciones Internacionales: (i) definen que constituye un actor legítimo, (ii) que tiene la capacidad de determinar todos los derechos y privilegios de la estatalidad y (iii) que define los parámetros básicos del actuar del Estado⁶⁸.

La estructura constitucional del sistema internacional incorpora según Reus-Smit tres elementos normativos intersubjetivos: el primero de ellos parte de la creencia insuperable acerca del propósito moral de la organización central autónoma, es decir, identificar el propósito moral del Estado⁶⁹. El Estado es entonces el centro de dicho complejo normativo, pues provee las justificaciones fundamentales del principio de la soberanía y la norma de justicia procedimental. En segundo lugar se identifica el principio organizador de la soberanía, el cual posibilita la diferenciación de las distintas unidades políticas sobre la base de la particularidad y exclusividad; se crea, por tanto, un territorio demarcado con centros autónomos de autoridad política. Finalmente, en tercer lugar, la norma de justicia procedimental, la cual fija un procedimiento correcto y que en el evento de seguirse se ha dado cumplimiento fiel a sus prescripciones.

Estos tres elementos están mutuamente interconectados constituyendo un único sistema normativo. Además los valores que las estructuras constitutivas comprenden se originan en las culturas políticas internas de los estados dominantes y las coaliciones entre estos generalmente ejercen una influencia desproporcionada en la institucionalización internacional. Por

⁶⁷ *Ibidem*, p. 565.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 566.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 566.

último, las estructuras constitucionales son hegemónicas no totalitarias⁷⁰. Los principios normativos que contienen posibilitan la condición de miembro de la sociedad internacional y su vinculación al actuar legítimo de los Estados, pero esto no significa que tal índole se pueda controvertir en algún momento.

Finalmente, Reus-Smit explica cómo estas estructuras pueden influir en el diseño institucional, en especial a partir de las normas de justicia procedimental. En primer lugar indica que dichas normas definen los horizontes cognitivos de la arquitectura institucional. En segundo lugar, expresa que las normas de justicia procedimental pura son las metanormas que estructuran el proceso de acción comunicativa que rodea la producción y reproducción de las instituciones fundamentales. Estas últimas son a su vez conjuntos de normas prescriptivas y principios que indican cómo deben resolver los Estados sus conflictos, coordinar sus relaciones y facilitar su coexistencia. Por último, y una vez estén formadas las prácticas institucionales, las normas de justicia procedimental restringen las acciones institucionales de aquellos Estados que aún no tienen una estrecha vinculación cognitiva o moral con dichas prácticas. Pero si dichos actores quieren representar sus acciones con otros Estados como legítimas, están bajo la suficiente presión para que justifiquen sus acciones de acuerdo con las normas primarias del sistema⁷¹.

Esta sistematización desarrollada por Reus-Smit permite clarificar cómo se estructura el orden internacional en un entorno de máxima descentralización y con un alto grado de regulación. También permite clarificar la forma de responder a la sensación de sentirse regulado, y de dar cuenta de unos determinados valores normativos. De esta guisa se construye una concepción de orden internacional, la cual puede definirse como el espacio en el cual los

⁷⁰ *Ibidem*, p. 566.

⁷¹ *Ibidem*, pp. 567 – 568.

actores internacionales se relacionan e interaccionan de manera intensa y que se comportan de acuerdo con unos mínimos normativos fijados de modo expreso o tácito por el sistema que articula dicho orden. Esta concepción de orden posibilita ampliar la noción de actor internacional a todos aquellos sujetos, entendidos en un sentido amplio, que transitan y operan en un contexto global e intentan adecuar su compartimiento a ciertas reglas o instituciones o buscan que éstas se transformen o sean rechazadas.

1.2. Gobernanza global: actores y regulación

Tradicionalmente se ha situado la segunda mitad del siglo XX como el espacio temporal en el que se da origen a la forma actual de la globalización. A efectos de encuadrar el debate teórico se requiere identificar ciertos procesos, que si bien se alejan del *long duree* de Braudel⁷², si inciden en que se generen acciones que configuran lo que actualmente se denomina “mundo globalizado” y gobernanza global. Las tendencias de globalización financiera y de inversión, globalización de los servicios, globalización cultural, globalización de los movimientos sociales: por medio de grupos de base de protección del medio ambiente y de protección, promoción y defensa de los derechos humanos en un sentido amplio- suponen un contexto, un marco institucional que en las actuales condiciones podríamos catalogar de difuso, y que marcará los extremos del debate y la discusión respecto de la gobernanza global.

Autores como Rosenau postulan el surgimiento de una nueva ontología en el ámbito global y con ello se posibilita formular nuevos paradigmas. Según él en el corazón de la nueva ontología están presentes las distintas interacciones y tensiones entre fuerzas que denomina globalizantes o globalizadoras y

⁷² COX, Robert (1996), *Op. Cit.*, p. 25.

fuerzas “localizantes” o de localización, de atracción a lo local⁷³. Esto va dar lugar a lo que el autor estadounidense denomina *fragmegration*⁷⁴, es decir, procesos de fragmentación y de integración, que se dan de una forma tan simultánea e interactiva, que confluyen en un proceso errático y singular, que es la tendencia de desagregar y agregar dependiendo de los grupos, objetivos e intereses que se trate.

Siguiendo a Rosenau, se aprecia que el actual orden reposiciona la noción de autoridad más allá del Estado nación y que lo hace en organizaciones transnacionales y supranacionales. De manera simultánea, también se da una ordenación horizontal de la autoridad cuando los movimientos sociales y las ONG’s adquieren capacidad de gestión por fuera de los Estados en los que se constituyen. Rosenau también estima que la autoridad se traslada a los grupos subnacionales⁷⁵, entendidos como aquellos actores contenidos dentro de los Estados que tienen formas organizativas por fuera de las ONG’s y cuyos intereses son del ámbito local.

Esta reubicación del concepto de autoridad es lo que permite afirmar que las relaciones de poder en el ámbito global se alejan del concepto de jerarquía tradicionalmente atribuido al Estado. Por el contrario, según Rosenau, se da una confusión, un entrecruzamiento de las distintas dimensiones de la política por la presencia de las dinámicas de la “fragmentación / integración”⁷⁶. En tal sentido la “fragmentación/integración” se caracteriza por la dispersión de la autoridad y de las formas en que se ejerce ésta.

De la dispersión resultante se desprende que el Estado es un ente con vigencia y autoridad, pero en la actualidad tales características son limitadas.

⁷³ Globalizing / localizing forces. *Vid.* ROSENAU, James (2005), “Global Governance as Disaggregated Complexity”, en HOFFMAN, Matthew J. & BA, Alice D. (2005), *Contending Perspectives on Global Governance* Abingdon: Routledge, p. 292.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 292.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 292.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 293.

Su ubicación en el ámbito global no es monopolística, sino que se ve abocado a compartir la autoridad con los actores que surgen de este entorno desagregado de “fragmentación/integración”. La autoridad, según Rosenau, se desprende de las relaciones en las que es necesaria su manifestación, pero esta relación no va a estar mediada por el territorio⁷⁷. Ello posibilita el surgimiento de lo que este autor denomina esferas de autoridad; éstas son aquel ámbito en el que se ejerce la potestad de influir en las conductas de otros y la facultad de verificar su ejecución y de sancionar (en un sentido muy amplio) su incumplimiento. Las esferas de autoridad pueden variar de forma y de estructura, pero se caracterizan por el hecho que su autoridad deriva del conocimiento y del bagaje que se posee en una determinada materia, es por tanto una autoridad epistémica⁷⁸. Por tanto, su poderío podrá ejercerse de manera informal y por ello es que el concepto de gobernanza es el que cobija de una mejor manera este tipo de gestión en el ámbito global, que el concepto de gobierno.

En un marco institucional se pueden delimitar tres grandes esferas de autoridad: los Estados nación; las organizaciones internacionales; y los entes privados de autorregulación. Estas esferas a su vez no son entes monolíticos, sino simples denominadores para agrupar a los diversos miembros que transitan lo internacional, y que si bien pueden tener un idéntico nombre poseen condiciones ostensiblemente diferentes⁷⁹. Esto evidencia, de nuevo siguiendo a Rosenau, que existen muchos centros de poder y de autoridad⁸⁰, los cuales tienen características diferentes entre sí. El Estado por una parte, se encuentra en el centro del debate toda vez que se discute actualmente cuál es su rol, es decir, si es el centro de poder y autoridad y controla a todos los

⁷⁷ *Ibidem*, p. 295.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 295.

⁷⁹ Basta mirar la categoría de Estado que pareciera tener consenso, y por una parte encontramos Estados desarrollados y Estados en vía de desarrollo, por otra parte se identifican categorías como Estados fallidos y Estados fracasados, por solo mencionar algunas.

⁸⁰ ROSENAU, James (2005), *Op. Cit.*, p. 133.

actores o si bien pasa a ser un actor más, incluso secundario⁸¹, pues otras fuerzas, en especial las económicas, son el centro real de poder, siendo un mero epifenómeno en los asuntos globales, una simple instancia de formalización.

Las posiciones neoliberales, como muestran Held y McGrew, son las defensoras de la visión del Estado mínimo, buscando que sea el mercado y los actores privados los que regulen la globalización y los asuntos internacionales. Por su parte las visiones estatistas, proteccionistas y marxistas, plantean que el Estado continúe siendo el centro de los asuntos internacionales⁸². Rosenau, indica que el Estado es una de las esferas de poder, pero ya no lo monopoliza. Los procesos de desagregación de la autoridad suponen una mayor dificultad de los Estados para ejercer un control efectivo sobre los flujos de ideas de bienes, sobre la polución, el crimen organizado, el tráfico de drogas o el terrorismo⁸³.

Por su parte las organizaciones internacionales distan de ser un grupo de entes homogéneos, tanto en sus funciones como en su autoridad. Su crecimiento presenta una de las características más visibles de la globalización contemporánea y estimula la corriente internacionalista liberal para plantear la necesidad de un gobierno global, en el que dichas instituciones tienen un rol central. Sin embargo, es necesario estratificar dichas organizaciones; por una parte, algunas de ellas están sometidas a los intereses de los Estados, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas es una evidencia de ello gracias al asiento permanente que tienen los cinco Estados vencedores de la Segunda Guerra Mundial y el poder de veto que ejercen sobre las decisiones que adopte el Consejo. En otros casos lo limitado de su objeto puede ser un impedimento, especialmente en ciertas organizaciones técnicas que carecen de autoridad en los campos temáticos que no les

⁸¹ STRANGE, Susan (1995), *Op. Cit.*, p.66.

⁸² HELD, David & MCGREW, Anthony (2003), *Op. Cit.*, pp. 134-135.

⁸³ ROSENAU, James (2005), *Op. Cit.*, p. 135.

competen. Mientras que en otras ocasiones estos organismos pueden tener posiciones contrarias sobre un mismo tópico⁸⁴.

Paralelamente en las organizaciones internacionales se construye una burocracia especializada que lucha por el poder dentro de la misma. De acuerdo con Barnett y Finnemore, estos entes pueden constituirse en espacios autónomos de autoridad distinta a la de los Estados, pues el poder que “detentan” fluye de dos fuentes: (1) La legitimidad de la autoridad jurídico-racional que representan; (2) El control sobre el conocimiento técnico y sobre la información. La fusión de estas dos fuentes, constituye el soporte de su teoría sobre la autonomía de las organizaciones internacionales⁸⁵. Pero al mismo tiempo tales entes adolecen de las patologías propias de las burocracias, como la irracionalidad de la racionalización, el universalismo burocrático y las luchas culturales internas⁸⁶.

Finalmente, cuando se predica la existencia de los entes privados de autorregulación, se está ante una categoría problemática en cuanto a su caracterización. Por una parte, estos entes no son necesariamente privados, es decir, cuentan en ocasiones con la participación, promoción y estímulo del Estado y de organizaciones internacionales, lo cual genera aquello que Anne-Marie Slaughter denomina las redes transgubernamentales de gobernanza⁸⁷. Por otra parte, varios de dichos entes se encuentran en una posición similar a la de los grupos sociales de la globalización “contra hegemónica”, ya que su

⁸⁴ Un caso ilustrativo son las concepciones que sobre la pobreza tienen las instituciones de *Bretton Woods*, por oposición a las que desarrollan las organizaciones del Sistema de Naciones Unidas; si bien los Objetivos del Milenio, son un intento para acercarlas. *Vid.* THÉRIEN, Jean-Philippe (2005), "Beyond the North-South Divide: the Two Tales of World Poverty", en WILKINSON, Rorden (2005), *Op. Cit.*, pp. 218 – 238.

⁸⁵ BARNETT, Michael & FINNEMORE, Martha (1999), "The Politics, Power, and Pathologies of International Organizations", *International Organization* (V. 53 No. 4), p. 669.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 670.

⁸⁷ SLAUGHTER, Anne-Marie (2004a), "Disaggregated Sovereignty: Towards the Public Accountability of Global Government Networks", *Government and Opposition* (V. 39, No. 2), p. 159.

estructura y su base son nacionales, pero por medio de redes logran la interconexión, lo que les da un alcance global, y tienen la capacidad de integrarse plenamente con la globalización de los servicios.

Se identifican, entonces, esferas de autoridad compitiendo entre sí para la regulación de los asuntos internacionales. Lo cual supone preguntarse: ¿si las distintas dinámicas globales pueden ser efectivamente gobernadas y por lo tanto facilitar un sistema global sano y ordenado?⁸⁸ Rosenau, que es quién se plantea este interrogante, es optimista en la medida en que la sociedad es más consciente de la globalización y se genera una dinámica de tornar horizontales los procesos de toma de decisiones.

En dicho contexto es necesario concordar con Held y McGrew quienes concluyen que:

“La globalización supone un cambio desde una política puramente centrada en el Estado a una nueva y más compleja política global de múltiples niveles. Como consecuencia de ello el orden internacional contemporáneo se concibe como un orden altamente complejo, interconectado y disputado, en el que el sistema interestatal está crecientemente integrado en un sistema en evolución de gobernanza regional y global de múltiples niveles.⁸⁹”

Ello permite identificar diversas modalidades de globalización, en las que lo local y lo global se entrecruzan de forma constante y permanente.

La perspectiva neoinstitucional de las Relaciones Internacionales adopta una noción de gobernanza en la que se intenta explicar a partir de las razones por las cuales los Estados aceptan participar en la referida gobernanza. Según Keohane y Nye por gobernanza se entiende el conjunto de procesos e instituciones, tanto formales como informales, que guían y limitan las actividades colectivas de un grupo. El gobierno es el subconjunto que actúa con autoridad y define obligaciones legítimas. Por tanto, la gobernanza no

⁸⁸ ROSENAU, James (2005), *Op. Cit.*, p. 147.

⁸⁹ HELD David & MCGREW, Anthony (2003), *Op. Cit.*, p. 145.

tiene que ejercerse necesariamente por los gobiernos y las organizaciones internacionales. Compañías privadas, asociaciones de compañías, organizaciones no gubernamentales y las asociaciones de éstas pueden ser partícipes de la gobernanza, tanto en asocio de los entes gubernamentales, como sin ellas.

Lo anterior no significa, según los autores, un desplazamiento o un ostracismo del Estado nación. Consideran, en cierta sintonía con Held y McGrew, que su actividad se complementa con la de otros partícipes, los cuales distinguen por una parte como actores privados y por la otra como el tercer sector, en el contexto de una geografía más compleja⁹⁰. Por lo tanto, el Estado mantiene su posición de actor central de la política internacional, solo que su dominio no es excluyente. Estos autores presentan un esquema matricial en el que se aprecia la interacción del Estado con otros actores de las gobernanza global.

Cuadro 1. Actores y ámbitos de actuación

Ámbitos	Privado	Gubernamental	Tercer sector
Supranacional	Compañías multinacionales	Organizaciones internacionales	Organizaciones no gubernamentales
Nacional	Compañías	Gobierno central	Entes sin ánimo de lucro
Subnacional	Local	Local	Local

(Fuente: Keohane & Nye, 2002)

Al aceptar que un gobierno global no es factible, estos autores expresan que

⁹⁰ KEOHANE, Robert O. & NYE, Joseph S. (2002), *Op. Cit.*, p. 202.

es necesario contemplar una forma mínima de gobernanza⁹¹. De allí que un conjunto de prácticas de gobernanza que mejoran la coordinación entre estos actores y definan un sistema de “válvulas de tranquilidad” que aligeren las presiones políticas y sociales consistentes con el mantenimiento del Estado nación como forma fundamental de organización política. Los acuerdos para definir dichas prácticas comprenden, por tanto, un número heterogéneo de agentes, los cuales estarán en muchos casos dotados de autonomía. La eficacia de estos agentes dependerá de las redes en las que participan y su posicionamiento dentro de ellas. Por tanto se requerirá de instrumentos que vayan más allá de la estructura del Derecho internacional y de las actividades de coordinación entre Estados y organizaciones internacionales, toda vez que dichos elementos proveen solo uno de los componentes del sistema, pero no reconocen de forma suficiente la existencia de las redes entre los distintos agentes y de las normas entendidas como estándares de comportamiento esperado entre estos actores.

En resumen, las áreas de coordinación intergubernamental se dan en un entorno competitivo y cooperativo con el sector privado y con el tercer sector. Esto permite proveer cierto nivel de gobernanza en distintos ámbitos de la política global. Es destacable que muchos de estos acuerdos las facultades cuasi-judiciales y cuasi-legislativas que se les da a los actores se traducen en el desarrollo del *soft law* y de normas gracias a su carácter de autoridad. Se le posibilita así, un ritmo más ágil en el desarrollo de las nuevas competencias, que en el evento de otorgárselas a las autoridades tradicionales.

La necesidad de dar una respuesta en las diversas manifestaciones que comprende la gestión de los asuntos globales, pone de presente cuestiones relacionadas con la eficiencia, las modalidades de gobernanza, y el desarrollo de procesos inclusivos, participativos y por tanto legítimos. Las respuestas a

⁹¹ *Ibidem*, p. 203.

estas cuestiones pueden pensarse considerando que, en palabras de Keohane, el funcionamiento de la globalización depende de una gobernanza efectiva, la cual es mucho más viable a través de la cooperación interestatal y de las redes transnacionales⁹².

Frente a esta preocupación se considera que en la actualidad se cuenta con distintos esquemas de gobernanza global, sin que esto signifique un gobierno global. Se utiliza el concepto de gobernanza global del informe de la Comisión de Gobierno Global, encargado por el Instituto de Estocolmo al comienzo de los años noventa. En el informe denominado *Our Global Neighborhood*, indica que gobernanza “es la sumatoria de las distintas formas en que los individuos y las instituciones, tanto públicas como privadas conducen sus asuntos comunes”⁹³. Expresan, de una forma un tanto retórica, que éste es un proceso continuo en el que intereses diversos y encontrados pueden adecuarse para desarrollar acciones cooperativas. Dentro de éstas pueden identificarse instituciones y regímenes a los que se les ha facultado para ejecutar y verificar el cumplimiento de dichas acciones, y se incluyen también acuerdos informales entre personas e instituciones que han acordado que es de beneficio recíproco el conducir los asuntos de dicha manera⁹⁴.

Esto es a su vez delimitado por Whitman al identificar tres conceptos de gobernanza que reflejan cierto consenso doctrinal al respecto. Según este autor, gobernanza es por una parte una función social centrada en la construcción de lecciones colectivas sobre asuntos de interés común para los miembros de los distintos grupos humanos. Por otra parte, la gobernanza enmarca las actividades de gobiernos, pero al mismo tiempo incluye otros canales, a través de los cuales se coordinan acciones por medio de objetivos

⁹² KEOHANE, Robert O. (2000), “Governance in a Partially Globalized World” en KEOHANE, Robert O. (2002), *Op. Cit.*, p. 245.

⁹³ COMISIÓN DE GESTIÓN DE LOS ASUNTOS PÚBLICOS MUNDIALES (1995), *Nuestra Comunidad Global*, Madrid: Alianza, p. 24.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 24.

de acción, y de directivas y de políticas a seguir. Finalmente, también puede entenderse por gobernanza aquellos marcos que surgen de las actividades que gobiernan a los actores sociales, políticos y administrativos; siendo por tanto modos de gobierno socio-político que son el resultado de la deliberación pública y privada⁹⁵.

Para Hewson y Sinclair debe tenerse en cuenta la cuestión de las perspectivas del mundo contemporáneo. Para ellos el actual estado de cosas en el sistema internacional supone un paulatino traspaso del lugar en el cual se encuadra o reside la autoridad, lo que conduce, y en esto son seguidores de Rosenau, a procesos tanto de fragmentación como de integración y de globalización y localización, siendo por tanto dinámicas de cohesión como de conflicto⁹⁶. Tal entrecruzamiento de procesos conduce a identificar el surgimiento de una gran variedad de formas de gobernanza global. Lo que pone de nuevo de manifiesto el traslado que se da del concepto de gobierno al de gobernanza, pues es necesario solucionar una serie de tensiones entre lo transnacional y lo subnacional, entre lo macro y lo micro, entre lo institucional y lo informal, entre lo estadocéntrico y lo multicéntrico y, finalmente entre los modelos conflictivos y los cooperativos.

A esta dinámica de fragmentación integración se suma una mayor presencia (algunos lo plantean como un surgimiento) de una sociedad civil global, así como la aparición de unas elites y autoridades orientadas al conocimiento, esto es con autoridad epistémica. De esta forma, según Hewson y Sinclair, el proceso de gobernanza global puede ser pensado en términos de conocimiento global, en el que la inteligencia, la ciencia y la comunicación

⁹⁵ WHITMAN, Jim (2005), *Limits of Global Governance*, Londres: Routledge, pp. 16-17.

⁹⁶ HEWSON, Martin & SINCLAIR, Timothy J (1999), "The Emergence of Global Governance Theory" en HEWSON, Martin & SINCLAIR, Timothy J (1999), *Approaches to Global Governance Theory*, Albany: State University of New York Press, p. 8.

contribuyen a coordinar los diversos aspectos de la globalización⁹⁷. En tal sentido dicho proceso puede orientarse a la coordinación de temas comunes y a la mitigación del riesgo en un contexto de competencia global intensiva. También podrá dirigirse a la capacidad de producir confianza, atención y respeto con fundamento en el conocimiento y en el saber experto y profesional que posean y desarrollen estos actores en un momento dado.

Groom y Powell sintetizan la gobernanza global como la preocupación por identificar y gestionar aquellos temas o materias que necesariamente tienen un impacto en diversas partes del planeta⁹⁸. Por ello la denominada sociedad civil global se convierte en un elemento esencial de esta concepción de la gobernanza global, en la medida en que las organizaciones globales serán más sensibles a la presión e influencia de dicha sociedad civil, se requerirá de los recursos y del conocimiento de ella, y en consecuencia podrá promoverse una forma más democrática de gobernanza. Se identifican tres elementos que conforman el eje central de la gobernanza global descentralizada, los cuales son: (1) autoridad epistémica, en la cual se le confiere una potestad particular a aquellos grupos e individuos poseedores de un conocimiento profesional, técnico y/o especializado; (2) instituciones de mercado, lo cual puede encuadrarse como la tendencia a asumir principios organizadores propios del mercado en la gestión e intervención social; (3) la tecnología y la infraestructura como elementos asociados al surgimiento de una economía del conocimiento⁹⁹.

De estas definiciones es posible apreciar que el ámbito de gobierno de los asuntos internacionales, o mejor globales, no se centra en el Estado. Por el contrario surgen una variedad de actores que ubican al Estado como un actor importante, pero no central en los distintos asuntos de gobernanza global. Esta des-estatalización se aprecia tanto dentro de sus fronteras, como

⁹⁷ *Ibidem*, p. 10.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 13.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 17.

por fuera de ellas. Procesos como la privatización, la delegación de competencias, la concesión en la operación de infraestructuras, la autorregulación, suponen que el Estado pierda centralidad en la conducción de sus asuntos internos. A su vez tendencias globales como el sistema financiero internacional, los mercados parcialmente globalizados, las tendencias culturales transnacionales, la ilegalidad internacional suponen igualmente que los Estados no son los actores centrales y exclusivos de las Relaciones Internacionales contemporáneas.

Desde la perspectiva de Whitman esta desnacionalización de los dominios nacionales tiene un contenido activo y pasivo al mismo tiempo. Dentro de los que destacan la emergencia de actores privados, especialmente orientados al mercado, y el surgimiento de diversas esferas de autoridad tanto en la acción como en la construcción de contenidos normativos¹⁰⁰. La noción de esferas de autoridad también es utilizada por Rosenau pues contempla que la existencia de estas es una evidencia del fuerte proceso de disgregación de los mecanismos por los que se ejerce la gobernanza global. De allí, retomando a Rosenau, que el ámbito global se torne cada vez más denso y más poblado disminuyendo la posibilidad que dicha gobernanza se torne efectiva¹⁰¹.

Para ello propone que el aspecto central para contemplar la gobernanza global con la diversidad de esferas de autoridad existentes, es no centrarse exclusivamente en sus competencias jurídicas, sino el identificar hasta qué grado tienen capacidad para ejecutar y regular al público al que movilizan por medio de las distintas normas y estándares que promulgan y promueven. El acreditar el cumplimiento es el elemento central para su eficacia¹⁰².

Atendiendo a los criterios enunciados es posible identificar que la gobernanza global es un concepto en construcción que involucra a actores estatales y no estatales, y en estos últimos a una diversidad de agentes

¹⁰⁰ WHITMAN, Jim (2005), *Op. Cit.*, p. 23.

¹⁰¹ ROSENAU, James (2005), *Op. Cit.*, p. 133.

¹⁰² *Ibidem*, p. 134.

sociales tanto del orden internacional, como del orden local. Igualmente estos agentes pueden ser grandes actores económicos, como actores sin ánimo de lucro del orden global o local. Siguiendo a Grant y Keohane¹⁰³, es posible encuadrar cinco tipos de administradores de poder a nivel global. Estos son:

Organizaciones internacionales intergubernamentales. Las cuales tienen un papel activo en la gobernanza internacional, con diversos niveles de efectividad y de participación. Incluso dentro de algunas de ellas, sus órganos internos tienen distintos mecanismos para influencia y gobernar en ciertos asuntos mundiales. Las organizaciones de *Bretton Woods*, Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional, junto con la OMC, se citan en la literatura como aquellas que tienen una incidencia mayor en la conducción de asuntos relacionados con el comercio, las finanzas y el desarrollo.

Por otra parte, se identifican a las organizaciones no gubernamentales (ONGs). Esta es una categoría muy amplia pues abarca una serie muy diversa de instituciones, que operan tanto en el ámbito global, como en el local. En la medida en que hay cierta identidad de propósito entre oenegés de diversos lugares, se estimula la construcción de redes transnacionales entre ellas. En consecuencia, este tipo de acciones se tornan en el elemento central para el funcionamiento de éstas, y de potenciar su influencia a escala global. Ámbitos como la protección, promoción y defensa de los derechos humanos o de la protección y conservación del medio ambiente son evidencia de este tipo de coordinación y empoderamiento de las ONGs como actores relevantes en la gobernanza global. A su vez cierto tipo de organizaciones no gubernamentales se especializan en participar en los espacios institucionales de organizaciones multilaterales, con la finalidad de incidir en la construcción y definición de sus políticas, la acción de Oxfam en la OMC es ilustrativa¹⁰⁴.

¹⁰³ GRANT, Ruth & KEOHANE, Robert O. (2005), "Accountability and Abuses of Power in World Politics", *American Political Science Review* (V. 99 No. 1), p. 40.

¹⁰⁴ *Vid.* <http://www.oxfam.org/en/policy/bp131-empty-promises>, (última consulta

Otros por el contrario buscan crear espacios alternativos de gobernanza desde lo que se ha venido dominando el sur global¹⁰⁵.

Un tercer nivel de administración son las redes transgubernamentales, las que son definidas por Slaughter como aquellas compuestas por los funcionarios de gobiernos nacionales (electos o designados) en las que se expande el arco regulatorio de los Estados por medio de canales en los que estos funcionarios comparten información, bases de datos, prácticas, proveyendo la velocidad y la flexibilidad necesaria de la era de la información¹⁰⁶. Estas redes, que según Slaughter son una nueva manifestación de la soberanía, entendida como el poder de participar –por el Estado- en instituciones de todo tipo¹⁰⁷, evidencian la nueva forma de involucrarse en los asuntos globales del Estado de manera desagregada. En tal sentido las distintas instituciones y funcionarios se involucrarán de manera descentralizada en espacios de discusión, de formulación de políticas que generarán marcos de regulación global segmentados y especializados; los cuales a pesar de no encuadrarse dentro de los marcos regulatorios institucionalizados, si suponen una revalidación de las instituciones gubernamentales del nivel nacional.

Por otra parte se encuentra, lo que Grant y Keohane denominan la firma¹⁰⁸, que para una mejor ilustración se encuadra en el sistema financiero internacional y las compañías multinacionales. Estos entes privados que operan globalmente, inciden de manera tanto positiva, como negativa en la regulación de los asuntos internacionales. Su alcance global identifica formas

21 de marzo de 2013).

¹⁰⁵ Como el Foro Social Mundial, http://www.forumsocialmundial.org.br/index.php?cd_language=2, (última consulta 21 de marzo de 2013).

¹⁰⁶ SLAUGHTER, Anne-Marie (2004b), *A New World Order*, Princeton: Princeton University Press, p. 4.

¹⁰⁷ SLAUGHTER, Anne-Marie (2000), “Governing through Government Networks”, en BYERS, Michael (2000), *The Role of Law in International Politics*, Oxford: Oxford University Press, p. 179.

¹⁰⁸ La expresión *the firm* atiende a la unidad de producción económica organizada, generalmente bajo una forma societaria.

de regulación ad hoc para su actividad, en los que se requiere de técnicas de estandarización, reglas de producción profesional e industrial, regulación intra-organizaciones, así como reglas para los contratos y el arbitraje internacional, bajo la forma de la *lex mercatoria*¹⁰⁹. Además está su capacidad de competir con los Estados para que estos adopten ciertas formas de regulación.

Finalmente están los Estados. De acuerdo con Grant y Keohane, pueden estratificarse en tres categorías. La primera de ellas abarca a los Estados débiles y dependientes, que requieren de una asesoría fuerte por parte de las organizaciones multilaterales. En segundo lugar se encuentran los Estados independientes que no son grandes potencias, los cuales se involucran de manera constante y efectiva en las redes transgubernamentales de regulación y participan activamente en las organizaciones multilaterales. Por último se identifica a las grandes potencias que definen políticas y que eventualmente pueden buscar salidas, *opt outs*, a la regulación.

Esta situación de multiplicidad de actores, gobernanza multinivel y globalización genera según Slaughter un dilema en el que por una parte se requiere de normas y regulaciones globales, sin que ello signifique un poder global centralizado. Al mismo tiempo se necesita que participen actores gubernamentales que rindan cuentas a sus asociados, pero que interactúen con distintos entes no gubernamentales en un sentido amplio –pues suponen una base política y social-, de modo que allí participarán también las compañías multinacionales¹¹⁰. Esto evidencia que las comunidades políticas ya no pueden ser consideradas como meros mundos diversos o como espacios políticos autocontenidos, pues están entreveradas en estructuras complejas de fuerzas, relaciones y redes entrecruzadas. Relaciones que siguen atravesadas por la desigualdad y la jerarquía.

¹⁰⁹ TEUBNER, Günther (1995), *Global Law without a State*, Londres: Ashgate, p. xiii.

¹¹⁰ SLAUGHTER, Anne-Marie (2004b), *Op. Cit*, p. 10.

A su vez, ya no puede darse por hecho que el foco del poder político efectivo está simplemente en los gobiernos nacionales: el poder efectivo es compartido e intercambiado entre las diversas fuerzas e instituciones en los ámbitos nacional, regional e internacional¹¹¹. El espacio político para el desarrollo y consecución del gobierno real y el control sobre el poder ya no se identifica con un territorio político delimitado. Las formas de organización política implican una des-territorialización y una re-territorialización compleja de la autoridad política¹¹².

Una nueva perspectiva es la que presentan Avant, Finnemore y Sell que prefieren el concepto de “gobernadores globales” al de actores o partícipes en la gobernanza global. Para ellas éstos son las autoridades que ejercen poder allende sus fronteras con el objetivo de inducir una política determinada. Por tanto los gobernadores definen temas, fijan agendas y establecen e implementan reglas y programas y además evalúan o adjudican sus resultados¹¹³. En consecuencia el punto clave no será el tipo de actor, sino la naturaleza de las relaciones que se dan entre los gobernadores y los gobernados.

En consecuencia en la globalización los marcos de análisis centrados en el Estado no son lo suficientemente sensibles para percibir los cambios que los procesos que configuran la globalización implican¹¹⁴. Las autoras también son críticas de las perspectivas funcionalistas pues consideran que su análisis se limita a detectar los síntomas de cambio, pero no proveen una explicación que posibilite entender el actual estado de cosas de la globalización y de la gobernanza global. La globalización, la desregulación, y el cambio tecnológico potencian a los actores no estatales para intervenir de forma activa en las tareas de gobernanza. Gracias a que la gobernanza como tal no

¹¹¹ HELD David & MCGREW, Anthony (2003), *Op. Cit.*, p. 142.

¹¹² *Ibidem*, p. 143.

¹¹³ AVANT, Deborah D., FINNEMORE, Martha & SELL, Susan K. (2010), *Who Governs the Globe?*, Cambridge: Cambridge University Press, P. 2.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 6.

es espontánea, sino la consecuencia de un proceso político galvanizado por el poder, el acceso a recursos, la capacidad de movilización, liderazgo entre muchas otras variables¹¹⁵, lo cual facilitará el surgimiento de la autoridad privada en este entorno.

La globalización supone un cambio desde una política puramente centrada en el Estado a una nueva y más compleja política global de múltiples niveles. En consecuencia el orden internacional contemporáneo se concibe como un orden altamente complejo, interconectado y disputado, en el que el sistema interestatal está crecientemente integrado en una estructura en evolución de gobernanza regional y global de múltiples niveles¹¹⁶.

1.3. Gobernanza global sin gobierno global

En el panorama de la globalización se identifican actores disímiles como los Estados, las organizaciones internacionales, las organizaciones no gubernamentales, las compañías multinacionales, los grupos de presión los grupos terroristas, los traficantes de armas y de drogas, las cadenas de lavado de dinero, los traficantes de personas, los piratas informáticos, entre otros, y todos ellos operan por medio de redes globales. De igual manera lo hacen los funcionarios de los distintos gobiernos –entendidos en un sentido amplio pues se incluyen a investigadores policiales, reguladores financieros, funcionarios de secretarías y ministerios e incluso jueces y legisladores. Tanto los grupos dedicados al crimen organizado de actividades ilícitas, como los representantes de los distintos niveles del Estado y de los actores privados funcionan en un esquema para-institucional, o mejor informal dentro de la institucionalidad, que posibilita el desarrollo de una forma de gobernanza global.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 7.

¹¹⁶ HELD David & McGREW, Anthony (2003), *Op. Cit.*, p. 144.

Las redes de gobernanza (*government networks*) están en la capacidad de ejecutar muchas de las funciones de un pretendido gobierno global, sin la necesidad de construirlo¹¹⁷. Dichas redes posibilitarían que la autoridad política primaria se conserve en el nivel nacional, a menos que los Estados explícitamente delegaran su autoridad en un ente internacional o supranacional¹¹⁸. Lo cual permite que las autoridades del nivel nacional se involucren en gran medida en una red de relaciones personales e institucionales del nivel global.

Tal opción se presenta como la alternativa más conveniente, eficiente quizá, pues un gobierno global es al mismo tiempo inviable como inconveniente. El tamaño y alcance que dicho gobierno global significaría un peligro inevitable para la libertad individual. Desde una perspectiva democrática no sería posible conservar un mínimo de representación y de respeto a los derechos con un gobierno de tal magnitud. De allí que se genere la paradoja propia de la globalización y es que en el actual estado de cosas se requiere de más gobierno tanto a escala global como a escala regional, pero no bajo una forma centralizada de alcance planetario y comprehensiva.

Es así como Anne-Marie Slaughter reconfigura el dilema de la gobernanza de Robert Keohane, en un *trilema* de la gobernanza. En la medida en que se requieren reglas, normas, que no emanen de un poder centralizado, pero al mismo tiempo desarrollan unas autoridades de gobierno, gobernanza, que puedan ser controlados a través de una serie de mecanismos. Estas autoridades de gobierno pueden a su vez interactuar con entidades

¹¹⁷ SLAUGHTER, Anne-Marie (2004b), *Op. Cit.*, p, 4.

¹¹⁸ Para los efectos de este trabajo se asimila ente internacional a una organización internacional intergubernamental, esto es constituida por un tratado internacional y por ello cuenta con personalidad jurídica internacional. Por ente supranacional, se entiende la organización a la que se le han delegado competencias propias del Estado y que tiene la potestad y autonomía para que en la regulación de las mismas tenga supremacía frente al Estado. La institución supranacional por excelencia son las Comunidades Europeas y en menor grado el MERCOSUR y la Comunidad Andina de Naciones.

representativas de la sociedad civil como las organizaciones no gubernamentales¹¹⁹. La gobernanza global no puede convertirse en una excusa para eliminar el control político representativo propio de las democracias desarrolladas de “Occidente”.

Es por ello que las redes de gobernanza global se presentan como la mejor manera de afrontar estos retos globales. Por una parte conviven e interactúan con las formas tradicionales de regulación internacional como las organizaciones internacionales. Por otra parte, al depositar en manos de los reguladores nacionales la participación en la definición del gobierno de los distintos asuntos globales, mantener los esquemas de control democrático a dichos funcionarios y en consecuencia incidir en la dirección que tome la gobernanza global.

Las redes se dan en los diversos ámbitos del gobierno –técnicamente debe decirse del Estado, en la medida en que involucra no solo a los entes del ejecutivo, sino también a la rama legislativa, a la judicial y a entes autónomos como los de protección y promoción de la competencia o los bancos centrales. De manera general y siguiendo a Keohane y Nye pueden entenderse como una categoría amplia de actividad transnacional, las cuales se definen como el conjunto de interacciones directas entre las distintas unidades y sub-unidades de los gobiernos que no están bajo el control o la dirección de los jefes de gabinete o jefes del ejecutivo o del gobierno¹²⁰.

El estado de cosas resultante requiere lo que Slaughter denomina la desagregación del Estado. Por tal desagregación se entiende la necesidad creciente para que las distintas instituciones del gobierno se involucren en actividades allende sus fronteras¹²¹, esto es se pongan en contacto con sus pares de otros Estados, y que en el proceso de poner en orden su objeto trasciendan sus fronteras nacionales. Supone igualmente jueces que celebran

¹¹⁹ SLAUGHTER, Anne-Marie (2004b), *Op. Cit.*, p. 10.

¹²⁰ Keohane & Nye citados por SLAUGHTER, *Ibidem*, p, 10.

¹²¹ *Ibidem*, p. 12.

“minitratados”¹²² para resolver complejos casos transnacionales. Legisladores indagando por las mejores formas de encuadrar y aprobar legislación sobre distintos ámbitos como el comercio, la protección al medio ambiente, los derechos laborales o la promoción y protección de los derechos humanos.

Tal desagregación exige entender el sistema jurídico internacional de una manera diferente a aquella propia de los juristas internacionalistas o de los teóricos de las Relaciones Internacionales lo entienden. Más allá de entender los Estados como actores del sistema internacional que actúan de manera unitaria e interactúan con las organizaciones internacionales, se encuentra que bajo el Estado desagregado y las redes transgubernamentales se da una actividad intensa entre las distintas agencias nacionales de regulación. Estas agencias desarrollan su actividad a través de la cooperación, por medio de acuerdos bilaterales y multilaterales. Algunos de estos acuerdos tienen la forma de tratados internacionales, pero la mayor parte de ellos se da por vía de los denominados “memorandos de entendimiento”¹²³ o acuerdos simplificados, estos son acuerdos de buena fe que reafirman las relaciones entre las distintas agencias, sobre la base que la colaboración mutua conduce a los resultados propuestos.

Ejemplos de estas redes de regulación que no suponen la creación de una organización internacional, ni la desaparición del Estado, son el Comité de Basilea para la supervisión bancaria¹²⁴; la organización que agrupa a las comisiones de valores y a las agencias de regulación de los mercados de valores en los distintos estados¹²⁵ y la Asociación Internacional de Supervisores de la actividad aseguradora¹²⁶.

El aspecto central de este tipo de actividades es que de dichos grupos no

¹²² La expresión es de Slaughter para clarificar el alcance de la cooperación judicial internacional.

¹²³ *Memorandum of understanding* (MOU).

¹²⁴ <http://www.bis.org/bcbs/index.htm>, (última consulta 21 de marzo de 2013).

¹²⁵ <http://www.iosco.org/about>, (última consulta 21 de marzo de 2013).

¹²⁶ <http://www.iaisweb.org/>, (última consulta 21 de marzo de 2013).

resultan normas internacionales, sino que se producen reglas o estándares que normalmente los Estados regulan dentro de sus fronteras, dándose lo que la autora denomina la “nacionalización del Derecho internacional”. Esto es, se retoma el concepto de normas duras y blandas de Derecho internacional (*hard law* y *soft law*), en las cuales estas últimas se fortalecen al aplicarse no en el ámbito internacional propiamente, sino en la esfera interna luego de ser concertadas en lo internacional.

La intensidad de las relaciones interestatales, el dinamismo de las relaciones entre Estados y organizaciones internacionales, la activa participación de la sociedad civil y de las compañías multinacionales y del sector privado en general en el actual estado de cosas globales conlleva a que este tipo de redes se presente por doquier. Según Slaughter las redes transgubernamentales pueden ser horizontales o verticales. El carácter de horizontalidad supone una participación de entes que son pares entre sí y que generan códigos de conducta de los que surgen pautas para luego incorporarse como legislación/reglamentación/sentencias nacionales, dentro de las fronteras estatales.

Las redes verticales –menos frecuentes- suponen una interrelación entre los agentes de los gobiernos y sus contrapartes en entes supranacionales o en ciertos tribunales internacionales. En ellas el prerrequisito es la decisión –infrecuente- del Estado de delegar su soberanía a una institución superior a él con poder real¹²⁷. Esta nueva institución será no solo una contraparte del Estado, sino un ente que tiene el poder suficiente para imponer su conducta en un momento determinado¹²⁸.

Estas redes y este proceso de desagregación del Estado, van a crear el

¹²⁷ SLAUGHTER, Anne-Marie (2004b), *Op. Cit.*, p. 17.

¹²⁸ Para identificar el alcance normativo de las instituciones y de los conceptos de *hard law* y *soft law*, *Vid.* GOLDSTEIN, Judith, KAHLER, Miles, KEOHANE, Robert O. & SLAUGHTER, Anne-Marie (2001) *Legalization and World Politics*, Cambridge: MIT Press.

camino para la emergencia de la autoridad privada como forma de gobernanza global. En la medida en que el Estado se descompone en diversas unidades de gestión que requieren de la creación y promoción de redes de gestión, los actores privados de diversa naturaleza ganan participación e influencia en los procesos de toma de decisiones, de definición de políticas y en la creación normativa. La globalización va a posibilitar cada vez más la participación de los agentes privados como autoridad.

La noción de autoridad es el elemento clave para legitimar el poder de los actores privados en el actual contexto de gobernanza global. La teoría y la filosofía política son las disciplinas que se ocupan de explicar el concepto de autoridad y del cual son tributarios los demás campos de la ciencias sociales. Sin embargo, la legitimación de la noción de autoridad se centra principalmente en el ámbito de lo público, propio de la centralidad del Estado como ente soberano organizador de las relaciones sociales en un territorio determinado, lo cual dificulta la pertinencia de defender la existencia de la autoridad privada. La filosofía política encuentra respuestas teóricas para ello, lo cual se corresponde con los procesos propios de la globalización y de la gobernanza global que posibilitan generar la evidencia suficiente para demostrar su existencia.

2. La autoridad privada en los asuntos internacionales

En la teoría política la noción de autoridad está tradicionalmente asociada a la naturaleza pública de las instituciones que la ejercen. El carácter estado céntrico de las teorías dominantes de las Relaciones Internacionales, a lo que suma la dimensión formalista del Derecho internacional, son una afirmación del vínculo íntimo entre el concepto de autoridad y su naturaleza pública. Para los defensores de tal relación poder y autoridad solo surgen y se ejercen desde las instituciones estatales.

Los procesos y dinámicas asociados a la globalización contemporánea suponen una transformación del rol del Estado, en particular en lo concerniente a la gestión de los asuntos globales. La globalización económica pone de relieve el cambio de posición del Estado en la gestión de los asuntos mundiales. La deslocalización del capital y su circulación a escala global reduce la capacidad de intervención estatal en la economía y con ello la reconversión del estado en un gestor y no en el agente de control, de regulación y de definición de políticas con carácter excluyente.

Además, la globalización implica también la incorporación del desarrollo tecnológico a todos los ámbitos de la actividad humana a lo largo del planeta y a través de todos los espacios de las relaciones sociales. Es por ello que el acceso global a los medios de comunicación, y la expansión y el uso de las redes de interacción a través de la internet, posibilitan la construcción de redes y de movimientos sociales, así como de grupos de identidad no determinados por el territorio.

Los actores no estatales son, en consecuencia, los entes que aprovechan con mayor habilidad dichas características asociadas a la globalización. En las

últimas dos décadas estos actores acceden de manera amplia a los diversos procesos que conforman la gobernanza global. Éstos no tienen una característica común y uniforme, oscilan entre grandes conglomerados económicos a redes sociales minoritarias y dispersas. Autores como Kal Raustiala y Natalie Bridgeman definen a los actores privados como cualquier organización que no tiene un vínculo jurídico o informal con un Estado y que no actúa como agente del mismo, siendo esta una definición negativa, es decir, esta concepción entiende a los actores no estatales por lo que no son¹²⁹. Por su parte, Richard Higgot, Geoffrey Underhill y Andreas Bieber prefieren elaborar su noción de actor privado por medio de diferenciar por una parte las compañías multinacionales y por la otra las organizaciones no gubernamentales¹³⁰. En consecuencia es posible conceptualizar a un actor no estatal como aquel ente que no tiene una relación formal o informal de subordinación frente al Estado y que aglutina un interés particular, que oscila desde la defensa de causas comunes a la humanidad a la generación de lucro en el desarrollo de una actividad económica.

La globalización de la economía supone la presencia cada vez mayor de las compañías multinacionales en la gestión de asuntos globales. Esta presencia se manifiesta de diversas maneras. Una de ellas es la inversión extranjera directa a través de la cual deslocalizan y desagregan su producción a lo largo del globo e influyen para que los regímenes de inversión nacionales se estandaricen y se orienten a brindarles un mayor número de garantías. El alcance global de su operación las induce a desarrollar esquemas colaborativos que llevan a la autorregulación y que les permite la creación de regímenes normativos propios y transnacionales. La necesidad de regular

¹²⁹ RAUSTIALA, Kal & BRIDGEMAN, Natalie M. (2007), “Non State Actors in the Global Climate Regime”, *UCLA School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, (No. 07-29), p. 3.

¹³⁰ HIGGOT, Richard A., UNDERHILL, Geoffrey R.D. & BIELER, Andreas (eds.) (2000), *Non-State Actors and Authority in the Global System*, Londres: Routledge, p. 2.

materias a escala global conduce a las compañías multinacionales a participar e influir en la construcción y definición de regímenes internacionales establecidos en conferencias internacionales y otros espacios de toma de decisiones. Estas compañías abogan por la implementación de regímenes que sean favorables a sus intereses y que al mismo tiempo construyen un esquema de regulación propio, directamente o por medio de mecanismos de colaboración y cooperación con organizaciones similares.

Por su parte, las organizaciones no gubernamentales se benefician del desarrollo tecnológico propio de la globalización, ya que les permite construir redes globales de trabajo, desestimando la limitación de la variable espacio tiempo. El carácter universal de algunos de los objetivos que tienen de manera individual les posibilita identificarse con organizaciones similares a lo largo del planeta y con ello generar y fomentar causas y propósitos globales. De allí que algunos autores estimen que las organizaciones no gubernamentales faciliten la conformación de una sociedad civil global. Si bien tal caracterización es polémica, si es indudable reconocer que las organizaciones no gubernamentales producen un impacto en ciertos ámbitos puntuales de las Relaciones Internacionales contemporáneas. Esto es posible gracias a que su estructura les permite canalizar a distinta escala (local, regional, global) los intereses de los movimientos sociales. Además facilita la participación en dicho nivel de grupos que difícilmente tendrían acceso a los procedimientos y espacios institucionales de la gobernanza global. Gracias a ello se convierten en actores no estatales con diversos grados de influencia en la gestión de los asuntos globales.

La forma como se configuran y participan los actores privados en el mundo contemporáneo, permite apreciar que gracias a la globalización participan, intervienen y gestionan cuestiones-materias relacionadas con la gobernanza global. Incluso en posición de autoridad, gracias al conocimiento especializado que adquieren como consecuencia de su objeto de lucro o de abogacía. Por tanto, será posible afirmar que en la gobernanza global

contemporánea la gestión y la regulación de ciertos asuntos globales no están necesariamente asociadas a una autoridad pública y de allí que se plantea la necesidad de teorizar sobre la autoridad privada en las Relaciones Internacionales y en la gobernanza global.

El presente capítulo se ocupará entonces del concepto de autoridad privada en la gobernanza global. Para ello se tratará en un primer aparte el concepto de autoridad y de autoridad privada, en especial los intentos de explicar la existencia de una autoridad legítima por fuera del ámbito de lo público y de los tipos de actores no estatales que son susceptibles de ser una autoridad privada. En un segundo apartado se analizarán los tipos de actores que tienen la posibilidad de ejercer este tipo de autoridad, en el contexto de la gobernanza global contemporánea. Finalmente en el tercer y último acápite se estudiará la manera cómo este tipo de autoridad determina la construcción de regímenes internacionales y cómo la tesis de las redes de gobernanza transgubernamentales puede servir de modelo al ejercicio de este tipo de autoridad en la gestión de dichos regímenes.

2.1. El concepto de autoridad privada

Este segmento tratará el concepto de autoridad privada en la gobernanza global. Para tal fin se desarrollará en primer lugar el concepto de autoridad en la filosofía política, a partir del texto ya clásico del filósofo estadounidense Richard Friedman, en segundo lugar se analizará la noción de autoridad privada y sus modalidades frente a los distintos tipos de actores internacionales que pueden ejercerla. Para tal fin se identifican dos tipos de actores internacionales no estatales que ejercen autoridad: las compañías multinacionales y las organizaciones no gubernamentales. También se estudiará a las denominadas comunidades epistémicas, en las cuales participan miembros de los dos tipos de actores atrás señalados y que se configuran como entes esenciales en la configuración de ciertos regímenes

internacionales. Con lo cual se pretende evidenciar la presencia de la autoridad privada en distintos ámbitos de la gobernanza global contemporánea.

El concepto de autoridad es de difícil precisión en el ámbito de la teoría y la filosofía política a pesar de su uso reiterado. Por ello en este acápite se desarrollará su análisis realizando en primer lugar unas consideraciones del orden metodológico en cuanto al concepto. En segundo lugar se presentará la discusión frente al contenido de la noción de autoridad y por último se sintetizará la noción de autoridad privada en las Relaciones Internacionales

El trato conceptual de la noción de autoridad requiere identificar una serie de presupuestos metodológicos. Por estos se entienden las modalidades que puede presentar la autoridad y las cuales, según Joseph Raz, se pueden fijar en cinco elementos. En primer lugar es posible distinguir entre autoridad, obligación política y la obligación de obedecer la normatividad¹³¹. Esto gracias a lo amplio que es el concepto de obligación política que comprende más elementos que la mera exigencia de obedecer –por la fuerza incluso, a la normatividad. En segundo lugar tradicionalmente la noción de poder y el derecho a ejercerlo se confunden. Raz considera que para vislumbrar mejor el concepto de autoridad es adecuado plantear una distinción entre ellos pues de acuerdo con su visión incluso algunos poderes de facto reclaman cierto grado de legitimidad¹³².

El tercer elemento metodológico que identifica Raz es la apropiación del concepto y su subsiguiente aplicación. Por una parte la noción de autoridad se aplica incluso a quienes no claman tenerla. En tal sentido o bien se posee autoridad o bien se carece de ella. En cuarto lugar se dan las aspiraciones de neutralidad. Raz es escéptico frente a la posibilidad de entender la autoridad

¹³¹ RAZ, Joseph (2010), “The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception”, en RAZ, Joseph (2010), *Between Authority and Interpretation*, Oxford: Oxford University Press, p. 127.

¹³² *Ibidem*, p. 128.

en términos plenamente neutrales. Considera que tal tarea implica reducir el concepto a un nivel en el que solo tendría una utilidad de corte semántico¹³³. Son estos los elementos metodológicos que permiten proceder con el análisis de la noción de autoridad en la teoría y la filosofía política.

La noción de autoridad se caracteriza por su carácter ambiguo dentro de la filosofía política. De allí que se constituya como una conceptualización tan elusiva como indispensable. Por tanto en la filosofía y en la ciencia política se construyen, según Friedman, concepciones que cumplen el doble propósito de ser generales y al mismo tiempo ajustarse a las necesidades de la disciplina. Así es posible entender autoridad como la facultad de influenciar la acción de otro sujeto o como la facultad para influenciar o determinar las ideas de otros sujetos.

A dicha definición Friedman le añade una distinción fundamental que consiste en la posición de tener (estar investido de) autoridad o de ser una autoridad. En el primer caso se trata de aquel que tiene autoridad en virtud de la posición que ostenta, esto es gracias a la institución que representa. En el segundo caso aquel que es una autoridad en virtud del conocimiento que tiene y del impacto que generan sus opiniones¹³⁴.

La siguiente cuestión gira en torno a la legitimidad de quien está o es una autoridad. En el mundo moderno la naturaleza legítima de la autoridad está tradicionalmente atribuida al Estado. Esto siempre que se entienda el Estado como el organizador de la vida social. Por tanto la noción de autoridad para la filosofía y la ciencia política va a oscilar entre quien está investido de autoridad por su propia virtud y quien representa legítimamente los intereses de organización de una sociedad en particular.

El concepto de autoridad posee una arista adicional y es la que tiene que ver

¹³³ *Ibidem*, p. 130.

¹³⁴ FRIEDMAN, Richard B. (1973), "On the Concept of Authority in Political Philosophy" en FLATHMAN, Richard E. (ed.) (1973), *Concepts in Social & Political Philosophy*, Nueva York: MacMillan, p. 122.

con el gen del control social y la influencia. Es en esta dimensión en la que la necesidad de legitimar la autoridad se da con una mayor urgencia. En este contexto es posible definir autoridad como poder que está legitimado. Por tanto aquel que tiene autoridad, que está investido de ella, lo es gracias a la existencia de un sistema de reglas, de una normatividad que lo beatifica en clave jurídica, la autoridad se da gracias al derecho.

El ser una autoridad implica, por el contrario, establecerse como tal de facto¹³⁵. Esto supone que aquel que es capaz de generar cierto tipo y nivel de obediencia, lealtad o creencia que involucre respeto y confianza lo hace gracias a sus especiales particularidades¹³⁶. Dichas características enfatizan el respeto que genera aquel sujeto que es una autoridad, lo que le permite generar un tipo diferente de autoridad.

El término autoridad se utiliza para distinguir entre el uso legítimo e ilegítimo tanto de la fuerza como de la obediencia. Por tanto el concepto alude a si se tiene el derecho a ejercer coacción contra alguien o a demandar obediencia. De esta forma, la noción de autoridad se distingue de la de coerción o de la de fuerza, en cuanto a que la influencia que genera contiene un cierto grado de reconocimiento por parte del sujeto que es influenciado, y que en consecuencia le da preferencia a quien ejerce o es una autoridad. Se da, entonces, lo que Friedman denomina rendición de la voluntad individual¹³⁷, pues los postulados que emite quien está investido de autoridad o quien es una autoridad no se someten a la consideración particular por parte de sus destinatarios, sino que son simplemente aceptados como válidos y vinculantes. Es suficiente la calidad de autoridad de quién lo emite para que se consideren determinantes de la voluntad.

¹³⁵ La expresión de facto se utiliza en el sentido que quien es una autoridad no requiere de un procedimiento normativo para considerarse como tal. Su majestad reside en los conocimientos que adquiere en virtud de su actividad, saber o bagaje y no gracias a un procedimiento de elección o designación estatuido.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 126.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 130.

Es necesario construir una relación adicional que justifique la rendición de la voluntad individual. Es la relación según la cual la sociedad le otorga legitimidad a quien está investido de autoridad o es una autoridad. De tal forma, se requiere, de nuevo en términos de Friedman, cierta “marca”, “impronta”, de autoridad¹³⁸. Este elemento es entendido como el criterio que desarrollan los distintos individuos para aceptar la autoridad que inviste a algo o a alguien. Así, debe darse cierta normatividad que permita al conjunto social reconocer que un sujeto o institución estén investidos de autoridad o sean una autoridad, es necesario un mínimo de reciprocidad.

Se requiere indagar por un elemento adicional de la noción de autoridad: el componente de ser una autoridad. El cual nos permitirá acercarnos al concepto de autoridad privada. La categoría fundamental que elabora Friedman es tener, estar investido, de autoridad (*in authority*) que comprende una delegación institucional y el ser una autoridad (*an authority*). El hecho de estar investido de una autoridad implica identificar como punto de partida el disenso connatural a los individuos y la necesidad de llevar a cabo actividades de coordinación y cooperación y por ello es razonable acudir a una razón procedimental para superarlo. La regla procedimental es la que permitirá invertir a alguien de autoridad para llevar a cabo cierto tipo de actividades. Es importante que se dé el cumplimiento de dos requisitos. El primero la necesidad de coordinación debe representar un mayor valor que el acto que implica la rendición de la voluntad individual. El segundo debe estar suficientemente claro que nos es posible alcanzar el consenso en la dimensión sustantiva de la materia¹³⁹. En consecuencia se establece un mecanismo institucional (normativo) para dotar a alguien de autoridad, de la que emanan decisiones que deben cumplirse.

Es posible concluir que el estar investido de (tener) autoridad no significa ser

¹³⁸ *Ibidem*, p. 131.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 140.

una autoridad, de tal forma que cuando se postula que alguien es una autoridad, es necesario elaborar un razonamiento diferente que legitime tal carácter. En este caso la autoridad emana del hecho de poseer un conocimiento, un talento no accesible para otros. Es el acceso a dicho saber y el uso que se da de él, lo que permite que otros acepten como válido y como legítima la autoridad que brota de su actuar y de sus postulados.

En este tipo de autoridad el sujeto precede al sistema que le reconoce autoridad, en el anterior el sistema es anterior al sujeto. Es importante resaltar que a quien está investido de autoridad el sistema le confiere autoridad por el procedimiento fijado previamente. Por oposición para quien es una autoridad es el sistema institucional (cualquiera que sea éste) el que le reconoce la legitimidad al que reclama autoridad, pues la ha adquirido gracias a las especiales características que se le otorgaron a la posición que ocupa en el momento de su creación.

Para ser una autoridad se requerirá que tal calidad se soporte en dos presupuestos. La primera es la asunción de la desigualdad¹⁴⁰, en el sentido que el considerar a alguien una autoridad, presupone asumir que el conjunto social es diferenciado, es desigual y ello implica, en la ocasión correspondiente, renunciar a la voluntad individual. Es esencial que tal reconocimiento (el de asumir la desigualdad) sea anterior a la relación de autoridad que se trate, pues la relación de deferencia que se tiene frente a ella se da gracias a los antecedentes que el sujeto tiene y que es precisamente lo que lo configura como una autoridad. Este antecedente que podemos denominar como el aura que genera quien es una autoridad es lo que le permite reclamar la desigualdad.

El segundo presupuesto es el que Friedman califica de epistemológico¹⁴¹. En él debe darse la situación ideal en la cual el conocimiento que convierte a

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 143.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 144.

alguien en una autoridad está en algún momento disponible para su acceso. Pero en el instante en que se accede a ella, quien es una autoridad, por tal hecho, está en capacidad de controlar el acceso a tal saber. Por tanto, la relación que surge entre quien es una autoridad y quien defiere presupone este contexto específico.

La posibilidad de que alguien sea una autoridad gracias al saber y conocimiento específico frente a un tema o materia determinado es lo que nos permite plantear que quien es una autoridad puede ser un sujeto o institución del ámbito privado, y por ello es pertinente hablar de la autoridad privada. Sin embargo, este concepto no está exento de dificultades. Es necesario delimitar el ámbito en el que surge la autoridad privada. Para ello Cutler, Haufler y Porter identifican dos elementos que permiten realizar tal delimitación. En primer lugar la autoridad (privada) se da cuando un individuo o una organización tienen poder de decisión sobre un tema específico¹⁴², el que es por una parte legítimo, y por la otra que trasciende al individuo o a la organización y afecta a terceros. En segundo lugar tal autoridad no está asociada a instituciones gubernamentales. Por lo cual es posible concluir que la autoridad requiere de dos elementos: el analítico de cómo se estructura la autoridad y el normativo de cómo se reconoce.

Por ello según Cutler la autoridad privada se fundamenta en la confianza y no en el cálculo, ni en la evaluación de las ganancias relativas que se den en un momento dado, como lo piensa la escuela realista de las Relaciones Internacionales. Lo que se va a institucionalizar son las formas como se materializa la cooperación propia de los actores no estatales, en virtud de las manifestaciones de autoridad privada que surgen en el sistema internacional.

Por su parte, Deborah D. Avant, Martha Finnemore y Susan K. Sell¹⁴³

¹⁴² CUTLER, A. Claire, HAUFLE, Virginia & PORTER, Tony (1999), *Private Authority and International Affairs*, Albany: NY State University Press, p. 320.

¹⁴³ AVANT, Deborah D., FINNEMORE, Martha & SELL, Susan K. (2010), *Op. Cit.*, p. 9.

definen autoridad como la capacidad de inducir deferencia en otros, esto es, que un tercero acepte como legítima la orden que profiere aquel que alega ser la autoridad. De tal forma que la autoridad se crea gracias al reconocimiento que otros le otorgan a quien la reclame. El resultado de adherirse al dictamen ajeno por respeto, genera como consecuencia el investir de poder a quien emite dicho dictamen, esto es a quien es una autoridad. Por tanto éste influye en la voluntad del grupo que lo reconoce como autoridad.

Según estas autoras la deferencia puede tener un sinnúmero de formas y puede darse por una variedad de razones¹⁴⁴, lo cual es en cierto sentido un desarrollo aplicado de las posiciones de Friedman. De tal manera que la autoridad puede darse en relación con la posición que se ostenta, o bien por las cualidades inherentes a una persona o ente específico, también por lo que en un momento dado representan.

Aquellos que se consideran una autoridad (privada) en el contexto de la gobernanza global necesitan de un sustrato, de una fuente de la cual emane ésta. Avant, Finnemore y Sell identifican cinco tipos de autoridad en lo que ellas denominan los gobernadores globales. En primer lugar identifican la autoridad institucional¹⁴⁵ la cual emana de la posición que se ostente en una determinada organización. En segundo lugar la autoridad delegada. En tercera instancia la autoridad que emana del conocimiento, de ser un experto en algo, por tanto este tipo de autoridad se fundamenta en un saber especializado. En cuarto término la autoridad que se fundamenta en los principios morales y éticos defendidos por alguien. Finalmente, la autoridad en la cual la deferencia se fundamenta en la capacidad de quien la ejerce; para ello, siguiendo al filósofo Joseph Raz, la autoridad se origina y se justifica por la tarea que ejecuta aquel que es una autoridad¹⁴⁶. En tal sentido si un colectivo considera que una labor determinada tiene que desempeñarse, el

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 10.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 10.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 13.

satisfacer tales necesidades inviste de autoridad al ejecutor de la tarea y en consecuencia origina la deferencia de los miembros de dicha colectividad hacia quien se constituye en una autoridad¹⁴⁷. La capacidad para llevar a cabo la tarea que da respuesta a las necesidades de un colectivo en un momento determinado es el fundamento de este tipo de autoridad.

En conjunto estas tres perspectivas de los fundamentos de la autoridad son de utilidad para explicar la autoridad privada en las relaciones internacionales, y de forma más específica en la gobernanza global contemporánea. Por una parte la propuesta de Friedmann permite legitimar la autoridad privada, en la medida en que a ésta se le reconoce deferencia bajo el entendido que gracias a su saber, a sus cualidades y calidades está en la condición de asumir la responsabilidad por determinado encargo. A su vez la tesis de Friedman faculta legitimar a aquella autoridad que no pertenece a lo público, esto es que no se encuentra vinculada o hace parte del aparato estatal en cualesquiera de sus niveles. Por su parte Cutler, Haufler y Porter, recogen en parte la argumentación de Friedman para encuadrarla en el funcionamiento de la autoridad privada en la gobernanza global. En su texto enfatizan en quién es una autoridad, y en particular en el poder de decisión que quien la ejerce tiene en cuanto a un tema o materia determinado y en su naturaleza no estatal, y hacen un llamado a que desde las Relaciones Internacionales se preste una mayor atención sobre el fenómeno de la autoridad privada en la gobernanza global. Por su parte, Avant, Finnemore y Sell son más directas al momento de explicar la necesidad de legitimación de lo que ellas denominan gobernadores globales. Por ello su explicación clarifica la conexión entre autoridad – autoridad privada y gobernanza global y en tal sentido identifican las fuentes de tal autoridad, como un componente esencial para su legitimación y funcionamiento.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 13.

2.2. La autoridad privada en la gobernanza global

El concepto de autoridad privada presenta dificultades al momento de definirla. Esto se debe a su carácter no público. Tal carencia en el contexto de un Estado democrático de derecho significa que carece de la legitimidad suficiente para imponer su voluntad frente a otros sujetos, de la manera como la ejercen los entes públicos legitimados para el efecto. Sin embargo, en el ámbito de las Relaciones Internacionales en un entorno globalizado, la descentralización de la autoridad política es intensa, y al mismo tiempo la necesidad de conducir de manera ordenada la regulación de ciertas materias de alcance global se torna imperante.

Es en este espacio de gobernanza global deslocalizado y no centralizado en el que los entes privados pueden asumir y desarrollar acciones y roles que los invisten de cierto tipo de autoridad para regular –governar- ciertas materias las cuales son observadas y coordinadas por los distintos entes públicos, nacionales e internacionales, que van a interactuar con ellos. En tal sentido se identifican dos momentos: en el primero se establecen las formas cómo estas entidades privadas, en particular las compañías multinacionales y organizaciones no gubernamentales, van a desarrollar múltiples maneras de colaboración, lo que les facilita la actividad conjunta y la capacidad de coordinar acciones de alcance global. El segundo momento se va a referir a las distintas modalidades en que generan esquemas de regulación privada en los asuntos públicos globales.

Siguiendo a Cuttler, Haufler y Porter podría decirse que el sólo hecho de expresar el denominador de autoridad privada, supone una difícil definición. En principio podría darse un intento de definirla encontrando dos ámbitos: el primero es identificando en qué momento existe o se da una situación de autoridad y el segundo cuándo, definida dicha situación de autoridad, se establece que no va a estar asociada a poder público alguno. Esto lleva a establecer los dos componentes enunciados arriba: el que podría llamarse

analítico que pretende diseccionar la estructura, el funcionamiento, la particularidad de dicha autoridad privada frente a otras expresiones de influencia; y el que se denominaría normativo que se orienta a la cuestión de la justificación de la autoridad, esto es que le otorga legitimidad y le permite ser reconocida como tal¹⁴⁸.

Toda organización incorpora dentro de sí algún tipo de autoridad, pues requiere de la toma de decisiones para lograr los fines para la cual fue constituida. Como se indicó la organización privada asume muchas formas, pero en este aparte se concentrará en un tipo particular que es la compañía multinacional. Por ella se entiende, a más de los elementos enunciados en el capítulo anterior, a aquella organización empresarial que además de operar en distintos lugares, tiene los recursos suficientes para adelantar actividades a escala global o semiglobal. Además, genera un comercio intrafirma tan significativo que supera el producto interno bruto de distintos Estados, lo que a su vez cual le permite a su vez construir un esquema interno de autoridad que le posibilita desarrollar y controlar su actividad sin que la variable espacio temporal sea un obstáculo para ello.

Este tipo de compañías se ocupan de adelantar directa e indirectamente distintas actividades de su cadena de producción (en un sentido amplio pues también se involucran las multinacionales de servicios) en distintos lugares del planeta. Esto significa que, a pesar de contar con competidores de su mismo nivel, requieren desarrollar esquemas colaborativos, los cuales desde una perspectiva económica les permite reducir los costes de transacción asociados a un nivel de operación a escala global. Diversos esquemas de este tipo les facilitan entonces gestionar asuntos globales e intervenir –de distinta manera- en la regulación de materias que son de su interés, participando de manera activa, no necesariamente visible, en distintos espacios de gobernanza global.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 5.

Según Cuttler, Haufler y Porter en la literatura de las Relaciones Internacionales se ha minimizado este papel, pero indican que desde la economía política internacional su importancia es evidente. En primer lugar, las compañías multinacionales administran una gran cantidad de recursos de capital, de conocimiento, de tecnología, de recursos naturales. En segundo lugar esta administración se da en cierto ámbito colaborativo/competitivo con otras compañías/empresas de igual naturaleza. En tercer lugar este tipo de organizaciones busca desarrollar un marco uniforme y estandarizado de normas, prácticas y reglas que les permiten uniformizar su actuar a lo largo del planeta e irradiar a las comunidades que orbitan en torno a ellos. En cuarto lugar este tipo de esquema colaborativo se torna en una esfera de gobierno, en un campo de poder en la medida que establece una regulación de conductas de diversos actores que giran en relación con la compañía multinacional¹⁴⁹.

De acuerdo con estos autores se pueden identificar distintas modalidades y razones para la ejecución de esta cooperación inter – firmas. Dentro de las razones pueden encontrarse algunas del orden económico como la necesidad de conformar carteles¹⁵⁰. También es posible encontrar factores adicionales como la existencia de conocimientos y tecnologías complejas que pueden desarrollarse mejor de manera conjunta, una necesidad funcionalista de fijar unas reglas y un orden común, así como oportunidades políticas ¹⁵¹.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 6.

¹⁵⁰ La definición de un cartel por la Enciclopedia Británica versión académica es:

“Association of independent firms or individuals for the purpose of exerting some form of restrictive or monopolistic influence on the production or sale of a commodity. The most common arrangements are aimed at regulating prices or output or dividing up markets”

Encyclopedia Britannica on line Academic Edition, disponible en <http://www.search.eb.com/eb/article-9020540> (última consulta 21 de marzo de 2013).

¹⁵¹ CUTLER, A. Claire, HAUFLER, Virginia & PORTER, Tony (1999), *Op. Cit.*, p. 8.

Encuentran estos autores seis tipos de modalidades de cooperación que pueden coexistir y traslaparse entre sí. Estas son: Las prácticas y normas informales: va a configurarse una especie de “costumbre” entre las distintas organizaciones y agentes que van a asumir como propia y obligatoria cierta manera de hacer las cosas entre los miembros de un determinado sector. Según Cuttler, Haufler y Porter, esto de cierta forma converge con el concepto de armonía desarrollado por Robert O. Keohane¹⁵².

Las compañías de coordinación de servicios: en este tipo de colaboración se constituye una nueva firma cuyo objeto es a su vez la coordinación de las otras compañías en campos temáticos específicos¹⁵³. Conforman una forma de cooperación toda vez que su función es trabajar conjunta e íntimamente con sus clientes, los que tienen intereses comunes y les importa que por esta vía se desarrolle un esquema de regulación uniforme a escala global. Este tipo de colaboración es transversal y cobija a diferentes entidades tanto por parte de quien realiza la actividad de coordinación, como de quienes reciben sus servicios.

Alianzas de producción, subcontratación uniforme y actividades complementarias: bajo este denominador se encuentran acuerdos contractuales como las alianzas estratégicas, los *joint ventures*, y las redes de negocios, que posibilitan que compañías rivales se unan para cooperar en ciertos aspectos de su operación a lo largo del planeta en lugares específicos.

Carteles: como se mencionó, esta es una de las maneras típicas de colaboración especialmente con la finalidad de repartirse mercados y fijar precios. En diversas legislaciones este esquema es perseguido por las autoridades administrativo, por ser un fraude a la libre competencia.

Asociaciones comerciales: según Cuttler Haufler y Porter pueden darse de dos formas, la primera como una organización regulatoria, en el que se

¹⁵² *Ibidem*, p. 9.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 10.

constituye un nuevo ente que se ocupa de supervisar que las distintas compañías que lo crean cumplan los parámetros de autorregulación que se han fijado. El segundo tipo es una organización representativa, en la que se asume la vocería del sector y además se desarrollan estándares de operación¹⁵⁴. Esta segunda modalidad puede tener una mayor participación en el sistema político.

Regímenes privados: en este se da un entramado formal e informal de instituciones que se ocupan de regular a fondo un área en particular, la profundidad de su actividad es lo que lo distingue de la anterior modalidad.

Se aprecia que la organización privada en el ámbito internacional presenta esquemas colaborativos que son ampliamente flexibles e intercambiables entre sí y al mismo tiempo posibilitan una búsqueda por la reducción de los costos de transacción que supone el actuar a nivel global. La cuestión radica en que gracias a lo global de sus operaciones y al impacto y poder económico que representan estos esquemas, trascienden la esfera intra e inter firma y se convierten en una de las manifestaciones de la gobernanza global contemporánea.

A su vez esta autoridad privada presenta diversas formas de traspasar su conocimiento, lo que va a evidenciar claramente su carácter de autoridad, en la medida en que si bien dichas formas no son propiamente la norma formal por medio de la cual se manifiesta la regulación de un asunto específico, si van a ser el sustrato material en el que se soportará la expresión formal de regulación.

Ibáñez identifica las siguientes formas de transmisión: (i) los informes encargados por autoridades públicas; (ii) la participación en órganos consultivos y comités de expertos; (iii) los informes encargados por actores privados; (iv) las memorias de organizaciones privadas; (v) las conferencias

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 10.

sectoriales e inter empresariales; (vi) las publicaciones especializadas de carácter académico y (vii) el tránsito en el ámbito público y el ámbito privado de funcionarios¹⁵⁵.

De allí que el acceso y control de la información y la influencia directa e indirecta se conviertan en los herramientas de acción de los agentes privados en la gestión de los asuntos globales. Al mismo tiempo que su actuar se dé por medio de redes que se traslapan con las redes transnacionales de gobernanza en la gestión y definición de políticas. Este entrecruzamiento se va a apreciar en buena medida en la gestión del arbitraje internacional de inversiones. En él va a interactuar el Estado de forma desagregada, por medio de redes de funcionarios. Al que se suman las organizaciones internacionales que tienen un interés en que estos asuntos se tramiten por la vía arbitral y no por los aparatos judiciales nacionales. A su vez se va a encontrar una elite jurídica que influye directamente en la definición de políticas, para que sea el arbitraje de inversiones el medio de solución de controversias a elegir cuando se trate de los conflictos relacionados con la inversión, y al mismo tiempo buscar ser designados como árbitros en el momento en que estas diferencias surjan. Finalmente las compañías inversionistas a quienes les interesa que las disputas no se ventilen ante los órganos del Estado, sino ante entes internacionales que comprenden mejor sus intereses.

Actores no estatales en las Relaciones Internacionales

La autoridad privada en las Relaciones Internacionales se va a manifestar en la presencia de actores no estatales que intervienen en el ámbito internacional despojándose de su carácter de súbditos del Estado y asumiendo la caracterización de autoridad gracias a la hecho del conocimiento que aportan

¹⁵⁵ IBÁÑEZ, Josep (2008), “La autoridad privada y la protección de los derechos de propiedad intelectual en el sector farmacéutico”, en SEUBA HERNÁNDEZ, Xavier (coord.) (2008), *Salud pública y patentes farmacéuticas: cuestiones de economía, política y derecho*, Barcelona: Bosch, p. 147.

en un contexto específico. En tal sentido es necesario identificar los actores no estatales que en uno u otro ámbito se constituyen en una autoridad.

Michael Warning engloba a los actores privados que ejercen autoridad bajo el denominador de sociedad civil¹⁵⁶. Por su parte Ann Marie Clark, Elizabeth J. Friedman y Kathryn Hochstetler estiman que deben llamarse sociedad civil global¹⁵⁷. La noción de sociedad civil no será desarrollada en este escrito, pero si se analizarán tres de los miembros que hacen parte de ella, las compañías multinacionales, las organizaciones no gubernamentales (ONGs) y las comunidades epistémicas. Solamente se hará uso de la definición de Clark, Friedman y Hochstetler, para efectos de contextualizar el actuar de los dos actores que hacen parte de ella. Estas autoras consideran que la sociedad civil en general permite por una parte ampliar el marco de respuesta política de los actores sociales, gracias a que posibilita la agregación de los intereses y demandas de la población por medio de un conjunto de formas no gubernamentales de asociación, y por la otra garantiza la libertad y otros derechos fundamentales, gracias a que su activismo y abogacía limita la capacidad de un gobierno de imponer sus decisiones bajo medios autoritarios¹⁵⁸.

Autoras como Clark Friedman y Hochstetler son cautas al momento de plantear la consolidación clara de una sociedad civil global. Estiman que aún hay grandes diferencias entre Norte y Sur, entre niveles de bienestar, en el desarrollo para predicar la consolidación de la sociedad civil global. A pesar que estiman que la sociedad civil se compone principalmente de un abanico de organizaciones no gubernamentales, se considera que este concepto debe

¹⁵⁶ WARNING, Michael J. (2009), *Transnational Public Governance*, Nueva York: Palgrave, p. 26.

¹⁵⁷ CLARK, Ann Marie, FRIEDMAN, Elizabeth Jay & HOCHSTETTLER, Kathryn (2005), "The Sovereign Limits of Global Civil Society: A Comparison of NGO Participation in UN World Conferences on the Environment, Human Rights and Women", en WILKINSON, Rorden (2005), *The Global Governance Reader*, Nueva York: Routledge, p. 292.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 293.

incluir a otro tipo de sujetos como las compañías y organizaciones de colaboración y cooperación empresarial o de colaboración empresa-sociedad y las comunidades epistémicas. En el ámbito global esto comprendería específicamente a las compañías multinacionales e igualmente a los esquemas cooperativos y colaborativos que adelanten a escala global.

Compañías multinacionales

La conceptualización de las compañías multinacionales se da principalmente en la segunda mitad del siglo XX. Según Geoffrey Jones la primera aproximación al término se debe al economista francés Maurice Byé quien en 1958 acuñó el término compañía multiterritorial¹⁵⁹. Tanto Jones¹⁶⁰ como Muchlinski¹⁶¹ coinciden en que la expresión compañía multinacional la utilizó por primera vez David E. Lilienthal en 1960 en un artículo presentado ante el Instituto de Tecnología Carnegie. Esa primera definición planteaba un vínculo más fuerte con el lugar en el cual se constituía la compañía, pues Lilienthal la definía como organización que tiene su domicilio en un Estado, pero que al mismo tiempo opera y tiene sucursales bajo las normas y usos de otros países¹⁶².

Según Jones una multinacional es aquella organización que lleva a cabo operaciones y administra bienes en más de un Estado¹⁶³. Esta definición por su sencillez tiene como fin caracterizar al mayor número de unidades económicas como multinacionales. Muchlinski por su parte contrasta las definiciones elaboradas por organizaciones internacionales, en particular la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD) y de la OCDE. Muchlinski plantea que los economistas prefieren el término conglomerado (*enterprise*) que el de compañía (*corporation*),

¹⁵⁹ JONES, Geoffrey (2005), *Multinationals and Global Capitalism*, Nueva York: Oxford University Press, p. 4.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 4.

¹⁶¹ MUCHLINSKI, Peter T. (2007), *Multinational Enterprises and the Law*, Cambridge: Cambridge University Press, p. 5.

¹⁶² *Ibidem*, p. 5.

¹⁶³ JONES, Geoffrey (2005), *Op. Cit.*, p. 5.

pues permite identificar mejor las actividades de inversión extranjera directa que estos entes llevan a cabo en diferentes lugares¹⁶⁴. Así se entendería el conglomerado multinacional como la compañía (sociedad) que se involucra en operaciones de inversión extranjera directa por fuera del Estado en el que está constituida legalmente.

Sin embargo, el concepto lejos de ser consensual se convirtió en el centro del debate en la organización de Naciones Unidas y de sus agencias especializadas, en particular en la década de los años setenta. En 1973 bajo el auspicio del Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) se conformó el Grupo de Personas Eminentes para emitir un reporte sobre el impacto de las compañías multinacionales en las Relaciones Internacionales y en el desarrollo¹⁶⁵. Este Grupo acogió la definición propia del uso corriente en la economía, y entiende por compañía multinacional como aquellos conglomerados que poseen y controlan unidades de producción y de prestación de servicios por fuera del Estado en el cual están constituidas y domiciliadas legalmente. Estos conglomerados no siempre adoptan una estructura societaria, ni son necesariamente privados. Del reporte y de las deliberaciones posteriores se acogió el término compañía transnacional (*transnational corporation*) en la Sesión No. 57 del ECOSOC¹⁶⁶. Según el Consejo la denominación transnacional reflejaba mejor carácter trans estatal de las operaciones de las empresas multinacionales. Por tanto lo que en el argot de los economistas se denomina compañía/conglomerado multinacional en el lenguaje oficial de la ONU se etiqueta como transnacional¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Muchlinski se refiere a los trabajos de Neil Hood y Stephen Young en los años setenta y de John Dunning en los ochenta, MUCHLINSKI, Peter T. (2007), *Op. Cit.*, p. 5.

¹⁶⁵ NYE JR., Joseph S. (1974 – 1975), “Multinational Corporations in World Politics”, *Foreign Affairs* (V. 53, No. 1), p. 153.

¹⁶⁶ MUCHLINSKI, Peter T. (2007), *Op. Cit.*, p. 6.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 6.

En el ámbito de la OCDE se elabora la Guía para las Compañías Multinacionales. En esta publicación, la OCDE, enfatiza en la capacidad que tienen estas organizaciones para coordinar actividades entre divisiones en más de un Estado¹⁶⁸. En realidad la OCDE busca eludir una definición concreta de las compañías multinacionales pues en dicha Guía indica que no es necesaria una definición de ellas, sino que expresa que basta entenderlas como:

“Compañías o alguna otra estructura constituida en uno o varios Estados y enlazadas entre sí para poder coordinar sus operaciones de diferentes formas. A pesar que una de ellas ejerza un mayor nivel de influencia sobre las otras, el nivel de autonomía entre ellas depende las características propias de cada organización. La propiedad sobre ellas podrá ser privada, estatal o mixta” ¹⁶⁹ [traducción propia].

La definición que registra la Enciclopedia Británica resume las consideraciones que las organizaciones internacionales y los economistas han hecho sobre las compañías multinacionales. En la entrada correspondiente se indica que estas son:

“[...] Cualquier sociedad que se registre y opere en más de un Estado de forma simultánea. Por regla general la sociedad tiene su domicilio principal en un país y funciona por medio de subsidiarias que controla total o parcialmente, las cuales le rinden” ¹⁷⁰ [traducción propia].

Por tanto es factible, a pesar de las diferencias terminológicas, entender a la compañía multinacional como aquella organización empresarial que en el desarrollo de su objeto opera bajo diversos formatos en Estados diferentes a

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 7.

¹⁶⁹ OCDE (2008), *Guidelines for Multinational Enterprises*, Paris: OCDE Publishing, p. 12.

¹⁷⁰ "Multinational corporation (MNC)." *Encyclopædia Britannica*. Encyclopædia Britannica Online. Encyclopædia Britannica, 2011. Web. 31 Mar. 2011, disponible en <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/397067/multinational-corporation> (última consulta 21 de marzo de 2013).

aquel en el cual se constituyó. En la medida en que la magnitud de su economía interna se torne significativa, su capacidad de influencia le permitirá permear y determinar las acciones y decisiones de otros actores. La especialidad y el conocimiento de los procesos y contenidos inherentes al campo de los negocios en los que concentran su actividad permite considerarlas una autoridad, gracias a que incorporan nuevos conocimientos a un saber específico. Además desarrollarán formatos colaborativos que les facilitan en clave técnica y económica su actividad multiestatal a lo que se suma la creación de una operación jurídica propia que proteja sus intereses económicos, por medio de la contratación privada internacional. Es posible concluir que las compañías multinacionales son actores privados que influyen en la configuración del orden internacional, gracias a que en ciertos ámbitos son considerados como una autoridad, y en particular una autoridad privada.

Las organizaciones no gubernamentales

Ya en la primera mitad del siglo XIX Alexis de Tocqueville se pronunciaba sobre la posibilidad de crear asociaciones en los recién fundados Estados Unidos de América, al expresar “Thus the most democratic country on the face of the earth in which men have in our time carried to the highest the art of pursuing in common the object of their and have applied this new science to the greatest number of purposes”¹⁷¹. Como se indicó al inicio de este capítulo autores como Raustiala las definen de manera negativa por su no vinculación con el Estado¹⁷². Anne-Marie Slaughter prefiere emplear primero la definición oficial de la ONU para luego expresar la dificultad de estructurar una definición que comprenda la gran diversidad de organizaciones que hacen parte del elenco de ONGs. Según la ONU las ONGs son organizaciones sin ánimo de lucro cuyos miembros son ciudadanos u otras asociaciones de uno o más Estados y cuyas actividades se definen por la

¹⁷¹ TOCQUEVILLE, Alexis de (1945), *Democracy in America V. II*, Nueva York: Alfred Knopf, p. 107.

¹⁷² *Vid.* RAUSTIALA, Kal & BRIDGEMAN, Natalie M. (2007), *Op. Cit.*

voluntad colectiva de sus miembros¹⁷³, como se aprecia no es un concepto muy lejano a lo expresado en su momento por De Tocqueville.

Autores como Simmons, Slaughter o Raustiala no pretenden detenerse en la definición propiamente, sino en el campo de acción de estas organizaciones. Simmons plantea que ellas afectan tanto a gobiernos, a instituciones multilaterales, y a compañías multinacionales en cuatro formas: fijando agendas, negociando posibles resultados, brindando legitimidad y, por último, implementando soluciones¹⁷⁴. Slaughter por su parte desarrolla su taxonomía con base en fijar tres modelos de actividades de las ONGs. Las que trabajan con Estado, las que llevan a cabo su actividad contra el Estado y las que no tienen en cuenta al Estado.

En la primera modalidad planteada por Slaughter, las ONGs buscan reforzar y legitimar la institucionalidad. Para ello llevan a cabo actividades de investigación y desarrollo; de seguimiento en la implementación y ejecución de normas, estándares y políticas; de representación de comunidades; de brindar información para procesos de negociación; de facilitar las políticas gubernamentales y ser autoridad¹⁷⁵. En la segunda modalidad como antagonistas del Estado, Slaughter asimila las ONGs a las redes transnacionales desarrolladas por Margaret E. Keck y Kathryn Sikkink, por estas se entienden aquellas redes que abogan por ciertos temas y que están vinculadas entre sí por unos valores y un discurso compartido y que llevan a cabo un intercambio intenso de información¹⁷⁶. A pesar que las autoras plantean las redes como un conjunto de partícipes más amplio que las

¹⁷³ Citado por SLAUGHTER, Anne-Marie (2001), *International Law and International Relations, Recueil des Cours Hague Academy of International Law* T. 285, La Haya: Martinus Nijhoff, p. 97.

¹⁷⁴ SIMMONS, P. J. (1998), *Learning to Live with NGOs*, disponible en <http://www.carnegieendowment.org/publications/index.cfm?fa=view&id=321> (última consulta 21 de marzo de 2013), sin paginación.

¹⁷⁵ SLAUGHTER, Anne-Marie (2001), *Op. Cit.*, pp. 102 – 104.

¹⁷⁶ KECK, Margaret E. & SIKKINK, Kathryn (1999), “Transnational advocacy Networks in International and regional politics”, *International Social Science Journal* (No. 159), p. 89.

ONGs, pues identifican siete tipos de actores que participan y se involucran en este tipo de redes y concluyen que finalmente las ONGs, tanto globales como domésticas, son las que desempeñan una labor clave en estas redes en la medida en que son quienes brindan nuevas ideas, proveen información y cabildean por que se modifiquen las políticas que correspondan¹⁷⁷. Así, Slaughter usa los conceptos de estas autoras para indicar que estas modalidades de ONGs son una voz poderosa en contrarrestar los abusos de poder tanto a los niveles local, estatal como global, también para divulgar información que los gobiernos pretenden ocultar y para buscar reformular y reabrir debates de interés público¹⁷⁸.

La tercera modalidad de ONGs que identifica Slaughter son aquellas que se despojan del referente del Estado para su operación, y es la categoría que permite vincularlas de una forma directa con la noción de autoridad privada. Según la autora para este modelo de ONG el poder del Estado se desplaza en cierto grado a otros actores que aprovechan el vacío de regulación para propugnar por una acorde a los intereses de los promotores de este tipo de ONGs¹⁷⁹. De esta forma representa una de las maneras en que se representarán los esquemas colaborativos propios de la autoridad privada en la gobernanza global y que permiten a su vez asociarlas con las compañías multinacionales.

Comunidades epistémicas

El concepto de comunidad epistémica es desarrollado especialmente por Peter M. Haas. Para este autor una comunidad epistémica es una red de profesionales de reconocido saber y competencia en un ámbito particular del conocimiento, lo cual les otorga una voz de autoridad en la definición de políticas en el campo del saber correspondiente¹⁸⁰. Para consolidar el carácter

¹⁷⁷ KECK, Margaret E. & SIKKINK, Kathryn (1998), *Op. Cit.*, p. 9.

¹⁷⁸ SLAUGHTER, Anne-Marie (2001), *Op. Cit.*, p. 106.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 113.

¹⁸⁰ HAAS, Peter M. (1992), "Introduction: Epistemic Communities and International

de comunidad de estos expertos se requiere, según Haas, de cuatro elementos. En primer lugar compartir los principios y normas propios de un ámbito del saber, lo cual les brinda los fundamentos valorativos y racionales para la interacción social de los miembros de la comunidad epistémica correspondiente. En segunda instancia se deben compartir las relaciones de causalidad resultantes de los análisis propios del ámbito de conocimiento que comparte y que les posibilita identificar los problemas centrales del mismo y con ello estructurar los fundamentos y relaciones necesarios para la definición e implementación de políticas. Un tercer elemento se centra en la necesidad de compartir nociones de validez que permitan sopesar y con ello legitimar el conocimiento propio de su entorno del saber. Finalmente un cuarto y último elemento implica un propósito común que posibilite el desarrollo de las políticas propuestas y que trascienda el ámbito de la comunidad correspondiente¹⁸¹.

El concepto de comunidad epistémica es esencial para comprender lo que Friedman etiqueta como ser una autoridad. La incertidumbre que marca buena parte de las Relaciones Internacionales genera la necesidad de divulgar información exacta y especializada sobre materias específicas. La coordinación es una actividad propia de la sociedad internacional que estimula precisamente dichas necesidades de información. Haas entiende por información la representación de procesos sociales, su interrelación con otro tipo de procesos y las posibles consecuencias que tendrían las acciones que se adopten, las cuales demandan un conocimiento técnico especializado¹⁸². De esta manera las comunidades epistémicas se convierten en el medio, la red, que provee este tipo de información a los distintos actores y por ello son un factor importante en las Relaciones Internacionales contemporáneas, en la medida en que en un buen número de casos son necesarias para la

Policy Coordination”, *International Organization* (V. 46, No. 1), p. 3.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 3.

¹⁸² *Ibidem*, p. 4.

configuración y operación de regímenes internacionales.

Aceptar la presencia de las comunidades epistémicas como un elemento necesario para la construcción de regímenes internacionales y el que ellas estén conformadas por sujetos de todo orden, significa reconocer que la sociedad internacional se despoja de su carácter estado céntrico. De tal forma que se configura por una diversidad de actores que operan con distintos niveles de impacto e influencia en los ámbitos en los que se llevan a cabo las Relaciones Internacionales. Las comunidades epistémicas son un factor que permite administrar la incertidumbre presente en la sociedad internacional, coadyuvando con ello a la gobernanza global.

Según Haas la noción de incertidumbre es central para la relevancia de las comunidades epistémicas por dos razones. La primera de ellas se da en los eventos de crisis, en estos los legitimados para tomar decisiones (aquellos investidos de autoridad) pueden estar desorientados por su incapacidad para reconocer y conocer la situación específica que afrontan. La segunda la potencialidad de adoptar decisiones con información insuficiente o de baja calidad puede ser más perjudicial que no tomar decisión alguna¹⁸³. Tales elementos presentes en los momentos de incertidumbre crean los incentivos para consultar a las comunidades epistémicas y con ello visibilizar claramente la distinción entre aquellos investidos de autoridad y aquellos que son una autoridad.

Haas identifica cuatro tipos de incentivos. En primer lugar las comunidades epistémicas tienen la capacidad de esclarecer las relaciones de causalidad que dieron origen a la situación que se afronta, y con ello brindar la asesoría necesaria para solucionarla. En segundo lugar las comunidades epistémicas pueden dar luces sobre la naturaleza compleja y los traslapes y vínculos que se den entre los tópicos sobre los que se requiere actuar. En tercer lugar las comunidades ayudan a localizar los intereses del Estado. Por último, en

¹⁸³ *Ibidem*, p. 14.

cuarto lugar, ayudan a la formulación de políticas¹⁸⁴. Por tal razón las comunidades epistémicas se tornan más necesarias en las situaciones de incertidumbre, a pesar que su actuar está presente en todos momentos, en especial, en las instancias de diseño institucional y de formulación de políticas.

La comunidad epistémica como grupo que comparte un saber, unas creencias, identifica al conocimiento/saber como la fuente de su autoridad. Es el saber el elemento que le permite en el lenguaje de Friedman determinar la voluntad de terceros. Haas utiliza la definición de Holzner y Marx para definir el conocimiento como “the communicative mapping of some aspects of experienced reality by an observer in symbolic terms”¹⁸⁵. El concepto de comunidad epistémica nos es útil pues permite unificar a un grupo de individuos a partir de compartir las relaciones de causalidad y experiencia frente a un tema o materia específica. En consecuencia, permite visualizar claramente el concepto de ser una autoridad que plantea Friedman, y que sirve de justificación para la emergencia de la autoridad privada en la gobernanza global. Son aquellos sujetos considerados autoridades los que conformen las diversas comunidades epistémicas.

No obstante, la noción de comunidad epistémica no está exenta de problemas. Por una parte se encuentra la posibilidad que a los miembros de la comunidad epistémica les interese más la influencia que ejercen, que el conocimiento mismo que dicen representar. Desde una perspectiva próxima al filósofo francés Michel Foucault, Emanuel Adler y Steven Bernstein plantean una visión alternativa de las comunidades epistémicas. La concepción de estos autores se centra en la conexión del conocimiento con el poder. En tal sentido consideran que el poder es un precepto que depende del conocimiento sobre algo¹⁸⁶. La noción de conocimiento que elaboran es

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 15.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 21.

¹⁸⁶ ADLER, Emanuel & BERNSTEIN, Steve (2005), “Knowledge in power: the

quizá más concreta que la de Haas, para ellos por conocimiento se entiende, en sentido amplio, el conjunto acumulado de saberes normativos, ideológicos, técnicos y científicos que los individuos aprehenden gracias a su capacidad intelectual y que puede ser expresado y conservado por diversos medios. En sentido estricto lo definen como un atributo que los sujetos y los grupos utilizan para la obtención de un objetivo específico o particular, sin importar las objeciones de terceros y al mismo tiempo es una capacidad que posibilita que quienes la tienen sean expertos y adelanten actividades tendientes a definir e implementar políticas racionales, eficientes y apropiadas¹⁸⁷.

Por tanto la capacidad de producción que genera el poder permite el desarrollo de una institucionalidad formal e informal que se soporta en estructuras generadas por el conocimiento. De allí, que la comunidad epistémica se constituye en una de las estructuras básicas y fundantes de un orden social específico y construyen una episteme, esto es un “[Conjunto] de conocimientos que condicionan las formas de entender e interpretar el mundo”¹⁸⁸. Concluyen estos autores que el poder proporciona las herramientas para fundamentar la episteme que se edifica en un momento dado. En consecuencia, se aprecia una fundamentación diferente de la comunidad epistémica más centrada en la noción de poder que de saberes compartidos. En una u otra conceptualización de la comunidad epistémica es posible apreciarla como una forma del surgimiento de la autoridad privada en las Relaciones Internacionales.

epistemic construction of global governance” en BARNETT, Michael & DUVALL, Raymond (eds.) (2005) *Power in Global Governance*, Cambridge: Cambridge University Press, p. 294.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 295.

¹⁸⁸ Diccionario de la lengua española versión en línea, disponible en <http://lema.rae.es/drae/?val=episteme>, (última consulta 21 de marzo de 2013).

2.3. Autoridad privada en la construcción de regímenes internacionales

El estudio de los regímenes internacionales se origina como un proceso analítico dentro de la disciplina de las Relaciones Internacionales para comprender mejor las dinámicas correspondientes al actuar de las organizaciones internacionales. En buena medida esto se generó gracias a que este tipo de organizaciones suponen la presencia de forma permanente de actores no estatales en las Relaciones Internacionales del mundo moderno. Sin embargo, la tendencia que tomó el análisis de los regímenes internacionales generó un nuevo reduccionismo, pues se concentró en el estudio intraorganizacional y en las relaciones entre las organizaciones internacionales entre sí y con sus Estados, siendo capturado por una síntesis neorrealista de realismo y neoliberalismo, tornando su análisis tan estado céntrico como el de los neorrealistas¹⁸⁹.

A dicha forma de abordar los regímenes internacionales se suma el formalismo que reviste el estudio de los mismos. En el formalismo el análisis de los regímenes se centra especialmente en las instituciones, en los procesos y en las normas que dan lugar a su surgimiento, funcionamiento y relaciones con los Estados. Por tanto, la comprensión de los actores no estatales como las compañías multinacionales o las organizaciones no gubernamentales, así como otros grupos no formales propios de la sociedad civil o de los movimientos sociales, se marginaliza o no se aborda. Tampoco es de interés el estudio de regulaciones, estándares y procesos soportados en una normatividad propia del *soft law*.

Cutler considera que a pesar de esta tendencia dentro del estudio de los

¹⁸⁹ CUTLER, Claire A. (2002), "Private international regimes and interfirm cooperation" en HALL, Rodney Bruce & BIERKESTER, Thomas (eds.) (2002), *The Emergence of Private Authority in Global Governance*, Cambridge: Cambridge University Press, p. 26.

regímenes internacionales, la definición de uso extendido desarrollada por Krasner es plenamente aplicable a los actores no estatales del orden privado y en particular a las compañías multinacionales. Krasner entiende los regímenes como el conjunto de principios, normas, reglas y procedimientos, explícitos o implícitos, alrededor de los cuales convergen los intereses de los actores en un área específica de las Relaciones Internacionales¹⁹⁰. De esta definición se afirma que una compañía multinacional o una forma de asociación de compañías multinacionales perfectamente encajan en esta concepción de régimen internacional y puede desempeñarse sin traumatismos en la estructura que éste genera. Por tanto y una vez aclarado donde reside la autoridad y qué le brinda legitimidad, es posible distinguir entre cooperación y autoridad. Esta distinción supone que quien coopera lo hace gracias a su voluntad, mientras que, como se mencionó arriba, quien opera bajo una relación de autoridad está subrogando la voluntad individual a la decisión e influencia de quien o bien está investido de autoridad o de quien es una autoridad. El hecho de ser una autoridad del ámbito de lo privado implica que tanto la cuestión de la legitimidad de la autoridad, como de la obligatoriedad de sus dictámenes se tornen esenciales.

La legitimidad se da, como se indicó arriba, como consecuencia del respeto que genera la persona o institución que es una autoridad, toda vez que de ésta emana del saber, del conocimiento específico que se tiene en el campo o saber del que se trate, razón por la cual hay una deferencia frente a él o ella. Para aquellos investidos de autoridad la cuestión de la legitimidad deriva en cambio de los procesos que le brindan respeto a las instituciones y quienes las representan en un momento dado.

La eficacia supone una conceptualización diferente pues para que se reconozca no importa que se ejerza por una autoridad o por alguien investido de autoridad. La eficacia implica el cumplimiento general de las

¹⁹⁰ Citado por CUTLER en *Ibidem*, p. 27.

reglas, normas y prácticas que emanan de quienes ejercen autoridad en un momento dado. Es en este ámbito en el que es necesario preguntarse por la eficacia de la autorregulación propia de los actores no estatales, o de cuándo sus postulados, procedimientos y estándares se expanden más allá de su órbita propia y se convierten en mandatos investidos de autoridad frente a terceros.

En los esquemas colaborativos propios de la autoridad privada es necesario contar con un cierto grado de institucionalización para consolidarla. Cuando se habla de institucionalización es importante advertir que este concepto es maleable, pues no implica el contar con instituciones claramente constituidas y estructuradas, sino que se refiere al hecho de contar con un mínimo organizacional que permita el desarrollo y la ejecución del esquema de colaboración que corresponda. Como se indicó estos esquemas institucionales de colaboración pueden revestir seis formas o modalidades.

En este acápite nos concentraremos en los regímenes privados internacionales. Estos se diferencian de los otros esquemas de colaboración por el alcance y profundidad de sus actividades. Según Cutler es posible crearlos por vía de la negociación y de la interacción entre distintas compañías dentro de una industria (en sentido amplio) o en un ámbito económico específico. Generalmente dichos regímenes incorporan como entes de regulación a las asociaciones empresariales, estos es grupos de compañías y negocios vinculados a un sector específico, tanto en el ámbito nacional como internacional¹⁹¹, es decir, tienden a ser globales. Su finalidad es la de definir reglas, normas y procedimientos y con ello optimizar su funcionamiento, facilitar su acceso a mercados y resolver controversias de todo orden tanto internas, entre los miembros del régimen, como externas, con consumidores, con la opinión pública¹⁹² y con los Estados anfitriones de

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 29.

¹⁹² HAUFLER, Virginia (2002), *A Public Role for the Private Sector*, Washington: Carnegie Endowment for International Peace, p. 10.

la inversión.

Los regímenes privados internacionales son por tanto una importante forma de cooperación interempresarial y representan el mecanismo de más alto grado de institucionalización en cuanto a la representación de la autoridad privada en el ámbito global. Asimismo, tienen la posibilidad de expandir su autorregulación a un escenario de heteroregulación, es decir, amplían su arco de reglamentación a terceros. De nuevo siguiendo a Cutler es posible apreciar que la cooperación interfirma que construye regímenes internacionales opera en múltiples niveles y de diversas formas, lo cual implica, en un gran número de casos, la interacción y cooperación con el Estado¹⁹³.

Las formas de institucionalización suponen una diversidad de manifestaciones. Así, Cutler utiliza como forma institucional de un régimen privado internacional el andamiaje de la nueva *lex mercatoria* o *lex mercatoria* moderna. La autora identifica que es éste uno de los campos en los que se aprecia un ímpetu y una inflación regulatoria significativa, con la diferencia que no va acompañada necesariamente de una actividad similar por parte del Estado, esto es se produce predominantemente por particulares. A ello se suma que el Estado, en un buen número de casos, cuando regula con intensidad lo hace para desregular y delegar a particulares actividades tradicionalmente asociadas a su esfera.

La *lex mercatoria* moderna es el “sistema” normativo que contienen las normas que regulan los contratos, la propiedad y la solución de controversias propios de los negocios internacionales, constituyéndose en el soporte jurídico del capitalismo global¹⁹⁴. Además, genera una práctica y un lenguaje común que unifica a una comunidad de elite denominada por Cutler como la

¹⁹³ CUTLER, Claire A. (2002), *Op. Cit.*, p. 29.

¹⁹⁴ CUTLER, Claire A. (2003), *Private Power and Global Authority*, Cambridge: Cambridge University Press, p. 4.

*mercatoria*¹⁹⁵; la cual incluye a los operadores de comercio internacional, a los despachos internacionales de abogados, a las oficinas de todo tipo de profesionales asociados a la intermediación global de bienes y servicios, y a las diversas fórmulas de asociaciones a las que pertenecen y las agrupan. El concepto de la *lex mercatoria* no es nuevo, su origen data de la Edad Media, sin embargo, el surgimiento del Estado-nación moderno supuso que su ámbito de aplicación se subsumiera en el ordenamiento jurídico propio de éstos. En la segunda mitad del siglo XX la globalización económica contemporánea propicia su resurgimiento y su aplicación por una diversidad de actores transnacionales en especial del ámbito de lo privado. Este renacimiento genera paulatinamente que estos actores privados definan regulaciones, estándares y patrones de conducta que imponen a terceros actores y que en ocasiones se superponen al ordenamiento jurídico estatal.

Se está ante la presencia de un proceso de “*juridificación*” que no surge del Estado, sino que su iniciativa y promoción se origina en las prácticas de los actores privados, en particular en los del orden económico, como las compañías multinacionales y las formas de cooperación asociadas a ellas. De esta manera se aprecia que la moderna *lex mercatoria* constituye un régimen internacional altamente institucionalizado, en el cual la autoridad privada y la autoridad pública interactúan constantemente con el propósito de aplicar, consolidar e implementar las normas mercantiles a escala global¹⁹⁶. El régimen del arbitraje internacional de inversiones se desprende del régimen de la *lex mercatoria* y de un régimen institucional como es el del Derecho internacional de las inversiones. En tal sentido ejemplificará con mayor éxito esta imbricación entre autoridad privada y autoridad pública como se apreciará más adelante.

De esta forma la autonomía de los actores privados sobre la creación de

¹⁹⁵ *Ibidem*, pp. 4-5.

¹⁹⁶ CUTLER, Claire A. (2002), *Op. Cit.*, p. 30.

normas de Derecho Mercantil transnacional, y en particular sobre los procesos arbitrales, tanto comerciales como de inversión, crea un orden jurídico altamente privatizado. Tal carácter le permite su deslocalización y le habilita para movilizarse a lo largo del planeta de acuerdo con criterios tanto de eficiencia económica, como de conveniencia política. En todo caso la existencia de este régimen no significa el desplazamiento del Estado por fuera de él. Los Estados por su parte son los encargados de la ejecución, implementación y observancia de los tratados internacionales que han suscrito, y que en este ámbito su objeto esencial es la liberalización del intercambio comercial.

Los Estados se involucran de dos formas, la primera se orienta a la negociación y suscripción de tratados internacionales que posibiliten el actuar de entes privados con el objeto de facilitar el comercio internacional y flexibilizar el actuar de los operadores internacionales de éste. Esto se da por medio de tratados de libre comercio o por los tratados bilaterales de inversiones. En los primeros, se libera el intercambio de bienes y servicios entre los Estados firmantes y además se incorporan una serie de regulaciones tendientes a desarrollar cierto grado de integración entre sus economías. De esta forma cuestiones como la protección de inversiones, mecanismos de solución de controversias, en especial el arbitraje, la regulación de la propiedad intelectual y la competencia se cubren de forma normativa. Regulación que podrá ser asumida por los Estados, por los particulares o por entes supranacionales creados para el efecto. En los tratados bilaterales de inversiones, también conocidos como acuerdos para la protección recíproca de las inversiones (APPRI) el objeto es brindar un trato recíproco de garantía a los inversionistas originarios de los Estados firmantes del convenio. Una de las garantías que se otorgan son las relacionadas con la solución de controversias, pues este tipo de tratados establece que las controversias entre inversionistas y Estados se resolverán por la vía arbitral, en un foro de arbitraje internacional de inversiones.

La segunda manera por medio de la cual los Estados se involucran en el régimen de la *lex mercatoria* moderna es a través de las redes de gobernanza transgubernamentales. En ellas se genera un espacio informal de regulación en el cual funcionarios de los distintos niveles del gobierno, de los órganos judiciales y del legislativo deslocalizan y en cierto modo “desinstitucionalizan” su actuar. Esto lo hacen por vía de la creación de redes transnacionales y globales que les facilitan la adquisición de información y la definición de esquemas de regulación uniformes de alcance global con aplicaciones locales. Estas redes a su vez involucran en muchos casos actores privados, con lo que el intercambio de información y la transposición de intereses son constantes.

De allí que en la gestión y operación de estos regímenes globales privados tengan un papel central las firmas multinacionales de abogados. Cutler las etiqueta como los “mercaderes de las normas” (*merchant of norms*)¹⁹⁷ por su carácter promocional del orden jurídico propio de la *lex mercatoria* moderna. Estos despachos ejercen por tanto una autoridad fuerte que les permite influenciar la construcción de regímenes apropiados para las dinámicas de actores privados como las compañías multinacionales y sus diferentes formas de colaboración. En especial las firmas de abogados crean un pseudomonopolio en lo que concierne a la solución de controversias por medio del arbitraje internacional, tanto comercial como de inversiones. Esto gracias a que se construye un conocimiento especializado, al que de forma particular tienen acceso aquellos formados en la tradición jurídica occidental, y cercanos a los centros de prestación global de servicios propios de la economía globalizada contemporánea.

En suma, se aprecia que la cooperación interempresarial y los regímenes que surgen de ella visualizan lo que Cutler denomina el manto de autoridad. Este concepto supone la contracción de la autoridad gubernamental y la

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 31.

expansión de la autoridad privada para regular. La expansión de los regímenes privados internacionales refleja de esta forma un cambio en el balance entre la autoridad pública y la autoridad privada.

El manto de autoridad permite a autores como Cutler afirmar que las compañías multinacionales funcionan como gobiernos¹⁹⁸. Tal afirmación supone preguntarse por la legitimidad democrática que tienen los esquemas colaborativos propios de la autoridad privada cuando llevan a cabo actividades, que bajo un enfoque político liberal, son contrarias a lo que se entiende como un estado democrático liberal de derecho. El liberalismo político postula la separación entre lo público y lo privado, y demanda que el poder público esté obligado a una rendición de cuentas a los asociados que delegaron en él su soberanía. De esta manera solo los funcionarios debidamente electos y designados son los legitimados para desarrollar actividades de producción normativa. Cutler es crítica de este postulado del Estado liberal y considera que el liberalismo desarrolla cuatro mitos sobre los que soporta la distinción entre lo público y lo privado.

Cutler estima que no debe confundirse la naturaleza pública del poder estatal con la capacidad normativa y reguladora que tienen actores privados gracias a la autoridad que ostentan. En tal sentido indica:

“[...] El obstáculo (de la naturaleza pública de la autoridad) solo tiene relevancia en el evento en que alguien acepte como enunciado normativo que el poder privado no debe ser considerado como legítimo y vinculante, es decir, que hay un juicio a priori de valor sobre tal cualidad y condición. La dimensión pública de la autoridad no es un impedimento si se considera que el poder privado opera, en la realidad, de forma no obligatoria”¹⁹⁹.
[traducción propia].

Los cuatro mitos sobre los que el liberalismo sostiene la distinción público privado son: (1) el ajuste de las relaciones económicas privadas es consistente

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 32.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 33.

con el normal desarrollo de los procesos económicos; (2) la esfera privada es neutral; (3) las relaciones privadas de intercambio son consensuales y de carácter no coercitivo; y (4) la eficacia es inherente a la regulación privada de las relaciones comerciales²⁰⁰. Los postulados de Cutler cuestionan estos enunciados, y por ellos los tacha de mitos, esto es relatos que generan una creencia sin soportarse en una facticidad. Es necesario trascender de las formas en que se representan tanto los actores no estatales, como los estados en el ámbito global, para percibir e identificar la presencia de otros tipos de autoridad diferentes a la pública.

El formalismo en la interpretación de la gobernanza global amenaza con oscurecer la presencia de la autoridad privada. Dicho formalismo se aprecia tanto en las corrientes dominantes de la teoría de las Relaciones Internacionales, como en el ámbito del Derecho internacional público. El neorrealismo y el neoliberalismo, como marcos teóricos dominantes en las Relaciones Internacionales, siguen marcados por su estadocentrismo, lo que limita el análisis a los Estados, y cuando el examen se expande a las organizaciones internacionales, éste se hace desde la perspectiva de los tratados internacionales constitutivos de tales entes, y los límites que estos convenios le fijan a dichas instituciones. De igual forma, en el Derecho internacional, el análisis se limita cuando, desde una perspectiva formalista se identifica exclusivamente a los Estados como sujetos de Derecho internacional con capacidad plena para la adquisición de derechos y obligaciones internacionales, y a las organizaciones internacionales como entes con capacidad circunscrita al objeto contemplado en su tratado constitutivo. Los individuos tradicionalmente se tratan como objeto de protección y únicamente se les asigna cierta subjetividad internacional en casos muy limitados. Por su parte, tanto las compañías multinacionales, como a las organizaciones no gubernamentales, y a los movimientos sociales

²⁰⁰ *Ibidem*, pp. 55 – 59.

no se les reconoce personalidad jurídica alguna desde las perspectivas clásicas y formalistas del Derecho internacional. Desde dichas miradas la posibilidad de conceptualizar la autoridad privada y la conformación de regímenes privados internacionales es muy limitada o nula.

Por tanto, es necesario acudir a teorías alternativas de las Relaciones Internacionales y del Derecho internacional para apropiarse del concepto de regímenes privados internacionales y de la presencia de la autoridad privada en la gobernanza global. Autores como Twining, así lo reconocen cuando al disertar sobre la globalización del derecho admite que una fuente de innovación en la teoría jurídica se da en los cambios y actitudes de los partícipes frente a las prácticas jurídicas constituidas. Actualmente ese cambio de actitud se da en un contexto mucho más amplio como es el de lo global, y por ello es viable identificar la separación entre el Derecho y el Estado²⁰¹. Dicha separación posibilita la proliferación de nuevos órdenes jurídicos tanto transnacionales como regionales caracterizados por la progresiva separación del Estado como generador del Derecho²⁰².

Al tiempo que la emergencia, consolidación y representación de la autoridad privada plantea problemas en el ámbito del Derecho en cuanto a su legitimidad, provee una plataforma metodológica útil para superar las limitaciones propias de los análisis formalistas de las disciplinas del Derecho internacional y de las Relaciones Internacionales. El estudio de este tipo de regímenes presenta la ventaja que permite comprender de manera más sensible las transformaciones de la sociedad internacional contemporánea. Transformaciones que son más próximas a la globalización que a procesos plenamente domésticos. En tal sentido es posible indagar e identificar como objeto de estudio formas y mecanismos informales de gobernanza, así como estructuras institucionales que no se identifican con lo institucional

²⁰¹ *Ibidem*, p. 36.

²⁰² TWINING, William (2000), *Globalisation and Legal Theory*, Londres: Butterworths, pp. 252 – 253.

internacional formal²⁰³. De tal manera el concepto de autoridad privada posibilita la comprensión de los cambios en el ámbito internacional y en particular la forma en la que opera el derecho de los negocios internacionales, facilitando lo que se denominaría *juridificación* “alternativa” de las relaciones económicas internacionales, en las que intervienen agentes públicos y privados, lo cual es característico de la globalización contemporánea y de la gobernanza global.

Las redes globales de gobernanza: una forma de explicar el funcionamiento de la autoridad privada

Uno de los medios para comprender la forma cómo opera la autoridad privada en la gobernanza global, es por medio de las denominadas redes globales de gobernanza. Esta noción desarrollada principalmente por la profesora estadounidense Anne-Marie Slaughter, se extrapola del ámbito intergubernamental, para reflejar los diversos tipos de contactos y acuerdos que se dan entre funcionarios públicos de todo nivel y agentes privados, sin importar el límite de frontera y de orden jurídico. Las redes transgubernamentales son por su propia esencia necesariamente informales, toda vez que ellas separan, desagregan las instituciones gubernamentales para así interactuar de forma autónoma en el sistema internacional. De hecho estas redes no tienen un reconocimiento formal bajo los estándares y cánones del Derecho internacional “tradicional”.

Sin embargo, su presencia es real, lo que significa que conviven con los sujetos del Derecho internacional público, tanto los Estados, que dentro de las redes interactúan de una manera diferente, y de las organizaciones internacionales intergubernamentales. La convivencia de estas últimas con las redes plantea la necesidad de una nueva conceptualización de las mismas, con la finalidad de operar e interactuar de manera más eficiente con ellas.

Slaughter plantea tres tipos de acciones que las organizaciones

²⁰³ CUTLER, Claire A. (2002), *Op. Cit.*, p. 34.

internacionales pueden asumir para llevar a cabo esta convivencia y contribuir de manera efectiva a la gobernanza global. La primera es por medio de los Estados, evento en el que, actuando como actores unitarios, concluyan tratados internacionales que establezcan instituciones internacionales, las cuales a su vez sirven de foro a redes transgubernamentales²⁰⁴. Igualmente puede darse por esta vía la creación de regímenes específicos para temas del orden técnico, el Derecho internacional del medio ambiente proporciona numerosos ejemplos de ello²⁰⁵.

El segundo tipo de actividad supone que los Estados concluyan tratados o cualquier otro tipo de acuerdo internacional que ordene un cambio sustancial en ciertos ámbitos de los sistemas políticos o jurídicos de ellos. Este cambio impulsa la creación de redes gubernamentales como una faceta inevitable. Las organizaciones internacionales serán proveedoras de información y de armonización para el funcionamiento de la red y para el logro de los objetivos planteados en el convenio. La tercera acción es una consecuencia de la anterior y en ella ciertos tipos de organizaciones internacionales pueden evolucionar, o crearse, para ser instituciones que faciliten la tarea de las redes transgubernamentales de tipo horizontal. La organización internacional será la institución recolectora y divulgadora de la información que la red requiere para la ejecución y coordinación de sus funciones²⁰⁶.

Se puede concluir, siguiendo a Kal Raustiala, que el *transgubernamentalismo* es el complemento al *intergubernamentalismo*, propio de las organizaciones internacionales. Esto gracias a que, en primer lugar, se genera una convergencia de políticas. Además, en segunda instancia, se dan vías de cooperación en aquellos ámbitos y campos en los que el consenso para

²⁰⁴ SLAUGHTER, Anne-Marie (2004b), *Op. Cit.*, p. 152.

²⁰⁵ *Vid.* CHURCHILL, Robin R. & ULFSTEIN, Geir (2000), “Autonomous Institutional Arrangements in Multilateral Environmental Agreements: A Little-noticed Phenomenon in International Law”, *The American Journal of International Law* (V. 94, No. 4), pp. 623 y ss.

²⁰⁶ SLAUGHTER, Anne-Marie (2004b), *Op. Cit.*, p. 153.

lograr un acuerdo internacional es escaso o inexistente. Por último, se incrementa la capacidad de los gobiernos para cumplir con las obligaciones legales internacionales²⁰⁷.

Slaughter plantea, de manera un tanto optimista, que el nuevo orden mundial es un sistema de gobernanza global que institucionaliza la cooperación y limita el conflicto de tal manera que permite a las naciones y a sus pueblos lograr paz, prosperidad, armonía con el entorno y generar unos mínimos estándares de dignidad humana²⁰⁸. Esto se va a lograr en la medida en que se consoliden las redes transgubernamentales de gobernanza global; redes que suponen la desagregación del Estado y del orden mundial.

El núcleo de dicha visión, orden mundial desagregado / redes transgubernamentales de regulación, radica en la idea de que los actores del sistema internacional no son los Estados, sino partes de estos; no son las organizaciones internacionales, sino agentes de éstas. Estas piezas de un puzle de gobernanza se vinculan unas con otras a lo largo del planeta, para agenciar soluciones a problemas que les son comunes. Por tanto, es necesaria la comprensión de un orden mundial desagregado en el que se coordine el actuar del gran número de redes transgubernamentales horizontales. Orden en el que las redes verticales desempeñen un papel clave, pero limitado al mismo tiempo y en el que las redes transgubernamentales informales se conjuguen con los ámbitos formales de las organizaciones internacionales intergubernamentales.

Esto les permite a estos autores concluir que en este orden mundial el Estado no es el único actor del sistema internacional, pero sí es el más importante. Por tanto el Estado no se encuentra en proceso de desaparición, como lo proclaman las corrientes “maxiliberales” de la globalización. Dicho esto, es necesario reconocer que en el actual estado de cosas sí implica un

²⁰⁷ RAUSTIALA, Kal (2002), “The Architecture of International Cooperation”, *Virginia Journal of International Law*, (V. 43), p. 6.

²⁰⁸ SLAUGHTER, Anne-Marie (2004b), *Op. Cit.*, p. 166.

proceso de desagregación del Estado en sus diversos componentes institucionales, los cuales interactúan tanto con sus pares extranjeros, como con actores no estatales. A pesar del alto grado de globalización que se experimenta los componentes institucionales del Estado continúan representando intereses estatales y nacionales, más allá que se establezcan identidades profesionales transnacionales. De tal forma que los Estados desarrollarán mecanismos para reagregar los intereses de sus componentes institucionales cuando sea necesario. De forma paralela las redes transgubernamentales coexisten e interactúan con las organizaciones internacionales intergubernamentales²⁰⁹.

Slaughter expresa la necesidad de una reconceptualización del sistema internacional y en particular del Derecho internacional, en el cual la negociación internacional no se da como una posición uniforme de la totalidad del Estados. Por el contrario, se da a partir de la intensa interacción de los distintos agentes gubernamentales (judiciales y de legisladores), lo que genera códigos de buenas prácticas y acuerdan soluciones coordinadas a problemas comunes ²¹⁰ . Estos acuerdos no tienen fuerza jurídica internacional, pero permiten a los distintos agentes implementarlos como normas nacionales por su cuenta. De manera simultánea, los Estados actuando, en este caso, como actores unitarios en el espacio internacional se percatan que ciertos asuntos pueden ser efectivamente abordados por medio de la delegación a un número limitado de organizaciones supranacionales, con sus propios órganos de gobierno y sus propios agentes regulatorios. En tales eventos los acuerdos internacionales que se convengan, serán de aplicabilidad inmediata, con la finalidad de generar las redes verticales de gobernanza.

Esta postura de Anne-Marie Slaughter se estructura sobre la nueva lectura de

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 18.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 263.

tres problemas que afectan la noción de Derecho internacional, sus fuentes normativas y su ductilidad. El primer problema es la noción de soberanía para lo cual la autora parte de la idea de soberanía desarrollada por Abram y Antonia Chayes en su texto *New Sovereignty*. En él estos autores entienden la soberanía como la capacidad de participar en instituciones internacionales de todo tipo, llevando a cabo un esfuerzo colectivo para dirigir el sistema internacional y abordar los problemas globales y regionales conjuntamente con sus pares nacionales y con los agentes supranacionales.

Es esta una noción de soberanía que construye el estatus y el reconocimiento a los Estados como sujetos del sistema internacional. Supone el estar dispuesto y el ser capaz de involucrarse con otros Estados. Involucra el reconocer y el aceptar obligaciones mutuas. En suma, la nueva soberanía es estatus, membresía, conexión con el resto del planeta y la habilidad política de ser un actor partícipe dentro de ese espacio²¹¹.

El segundo problema que se aborda es el grado de *juridificación* de las normas internacionales. Se aborda dicho concepto para definir un método que establezca grados de cumplimiento, de fuerza vinculante de las “normas” internacionales de todo tipo, muchas de ellas desarrolladas en las redes transgubernamentales. Para ello en primer lugar indican (Slaughter junto con Goldstein, Khaler y Keohane) que *juridificación* se refiere a un especial conjunto de características que las instituciones pueden o no tener. Dichas características se definen a partir de tres dimensiones. (1) Obligación que significa si los Estados u otros actores están jurídicamente vinculados a un deber específico, esto es si de su conducta se desprenden consecuencias jurídicas internacionales o domésticas. (2) Precisión que significa que las normas no son ambiguas al momento de fijar las conductas de deber, autorización o prohibición. (3) Delegación que supone si a terceros actores se les ha otorgado autoridad (poder legítimo) para implementar, interpretar y

²¹¹ CHAYES, Abram & CHAYES, Antonia Chandler (1995), *Op. Cit.*, pp. 123 – 124.

aplicar las reglas dadas a ellos y si además tienen la facultad de crear nuevas reglas.

En segundo lugar advierten que el concepto de *juridificación* no es estático, por el contrario tiene distintos grados y categorías. Se edifica una matriz multidimensional que oscila desde el tipo ideal de *juridificación*, una norma fuerte donde las tres dimensiones están presentes en alto grado, pasando por una *juridificación* débil, en el cual las dimensiones están presentes en un grado menor, hasta llegar a un espacio en el que la *juridificación* está ausente. En tal sentido indican que en el análisis de las dimensiones darán cuenta de cómo estarán presentes los distintos indicadores en ellas.

En tercer lugar precisan que este concepto de *juridificación* es un campo común para los académicos de la ciencia política y para los abogados internacionalistas, toda vez que se aparta de una concepción rígida de derecho como algo que requiere ejecución por alguien investido de soberanía. Este tipo de concepción supone una reivindicación del Derecho internacional, entendido bajo un nuevo lenguaje. De hecho el identificar un modelo de definición de la *juridificación* a partir de los términos de obligación, precisión, y delegación provee una flexibilidad que posibilita la exploración empírica del comportamiento de los distintos actores del sistema internacional.

Por último, Slaughter aborda el concepto del Derecho internacional a partir de una óptica dual, esto es una concepción del Derecho internacional que utilice las herramientas metodológicas y los desarrollos teóricos del campo de las Relaciones Internacionales. Con ello lo que busca es generar una lectura del Derecho internacional con impacto en los asuntos internacionales. Pero ello requiere una nueva concepción del Derecho internacional más allá del concepto clásico de fuentes²¹².

²¹² SLAUGHTER BURLEY, Anne-Marie (1993), “International Law and International Relations Theory: A Dual Agenda”, *American Journal of International Law*

Esta perspectiva de Slaughter va a tener una lectura crítica por su carácter *aspiracional*, liberal y marcadamente optimista y se encuadra su postura dentro de una nueva generación de académicos internacionalistas que surge en los Estados Unidos a partir de la década de los noventa del siglo XX. Esta tendencia, que emerge a partir de la tensión entre dos grandes escuelas estadounidenses del Derecho internacional en la segunda mitad del siglo XX, la Escuela de Columbia y la Escuela de Yale, va a promover la comprensión de la comunidad internacional a partir de un Derecho internacional anti-formalista²¹³. Como se aprecia en la propuesta de Slaughter, se requiere de una concepción más política del Derecho internacional, en el que la fronteras entre éste y el derecho nacional sea difusa y porosa, e igualmente que el Derecho internacional no tenga la gran pretensión de universalidad y por tanto se entienda mejor desde una perspectiva de procesos y regulaciones multinivel propios de la gobernanza global contemporánea.

De allí que la concepción de un nuevo Derecho internacional y de la generación de espacios de gobernanza global por medio de redes transnacionales de funcionarios estatales y no estatales sea propia de Slaughter, y pertenezca a esta corriente. Propuestas como el uso del juez interno para ejecutar el Derecho internacional, juez que a su vez se relaciona con sus pares extranjeros y crean cierto tipo de globalización del derecho. La armonización de regulaciones internacionales por medio de la interacción de funcionarios gubernamentales que en su actuar desagregan al Estado en su representación internacional. El uso de categorías y principios generales del derecho no solo por los Estados y las organizaciones internacionales intergubernamentales, sino también por parte de organizaciones no

(V. 87, No. 2), pp. 238 – 239. SLAUGHTER, Anne-Marie (1995), “Interdisciplinary Approaches to International Economic Law: Liberal International Relations Theory and International Economic Law”, *American University Journal of International Law and Policy* (V. 10), p. 719.

²¹³ KENNEDY, David (2000), “When Renewal Repeats: Thinking against the Box”, *New York University Journal of International Law and Politics*, (V. 32), p. 389.

gubernamentales, por individuos y por compañías multinacionales.

En suma, esta perspectiva tiende a promover una perspectiva liberal del Derecho internacional, donde éste debe ser analizado desde una orientación política (en sentido disciplinar). Es decir, desde la doble óptica *slaughteriana*, con un pie en lo jurídico-internacional y con el otro en las Relaciones Internacionales. Esa mirada permite entonces abordar la soberanía de manera desagregada y posibilita la interacción de actores no estatales en la construcción de un orden jurídico internacional flexible y maleable. Orden jurídico que se ajusta a las necesidades de regulación de asuntos y materias en el ámbito global, sin que constituya un gobierno global. Esta perspectiva también es entusiasta de un antiformalismo en el Derecho internacional. Antiformalismo en el que se da cierta hibridación de las normas de Derecho internacional, toda vez que éstas podrán asumir distintas facetas, esto es, no solo estamos frente a la presencia de normas cuyo origen se da en las fuentes del Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, sino de prescripciones de orden normativo dentro de un espectro muy amplio, que es lo que se llamaría el *soft law*.

Como es de esperarse dicha perspectiva liberal de redes de gobernanza global no va a estar exenta de críticas. Se presentan a continuación dos posturas en las que dicha perspectiva se cuestiona desde el campo teórico. Por una parte encontramos los estudios críticos del derecho, en este caso del Derecho internacional, liderados por el profesor de la Universidad de Harvard David Kennedy. En el ensayo encargado por la Revista de Derecho internacional de la Universidad de Nueva York, presenta una crítica a posturas como la de Slaughter, en el sentido que lo que se da es una lucha por el control de la disciplina del Derecho internacional. Se está, en consecuencia, ante una pugna de escuelas por definir su objeto de estudio y con ello controlarlo y tornarse en el discurso dominante. Por tanto, no se está frente a una propuesta que suponga una real transformación de la disciplina, sino que la

renovación está es en el lenguaje utilizado, no en los contenidos reales²¹⁴.

Por otra parte autores como Kenneth Anderson, de American University, critican el concepto de soberanía desagregada propuesto por Slaughter como modelo de gobernanza global. Anderson identifica siete tipos de soberanía en un contexto de gobernanza global: soberanía propiamente dicha, soberanía democrática, multilateralismo de Estados soberanos, soberanía multilateral compartida, gobernanza global por medio de redes de políticas globales, liberalismo internacionalista y gobierno parlamentarista global²¹⁵. Con ello encuentra que la propuesta de Slaughter supera el dilema que genera esta tipología donde se oscila desde una soberanía fuerte y extrema a una delegación de soberanía a un ente supraestatal. Pero a continuación Anderson considera que el modelo propuesto por Slaughter evidencia de cierta ausencia de comprobación empírica en dos sentidos. El primero en cuanto a que si bien las redes que ella identifica son reales, estaría por verse su impacto real en términos de gobernanza global²¹⁶. Esto es, su sola existencia no supone que se esté frente a un ámbito de gobernanza global, pues puede ser un espacio tradicional de coordinación o un esquema meramente formal.

El segundo por el marcado carácter liberal y occidental de la propuesta de Slaughter. Anderson se pregunta –con razón- si es posible encontrar redes transgubernamentales de regulación entre Estados islámicos²¹⁷. Su respuesta es negativa, lo cual conduce a restringir el carácter global y sobre todo cosmopolita del modelo.

Considera finalmente Anderson, que la propuesta de Slaughter plantea un

²¹⁴ *Ibidem*, p. 395.

²¹⁵ ANDERSON, Kenneth (2005), “Book Review: Squaring the Circle? Reconciling Sovereignty And Global Governance Through Global Government Networks: A New World Order, By Anne-Marie Slaughter”, *Harvard Law Review* (V. 118, February) p. 1261 – 1267.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 1281.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 1288.

riesgo, y éste es el déficit democrático que genera el que los esquemas de gobernanza global se desarrollen por vía de una serie de redes que van a carecer de transparencia y de participación y control propio de las democracias²¹⁸. En tal sentido, sigue Anderson, se va a devaluar el respeto por los valores de dicho tipo y se estaría orientando un modelo liberal de gobernanza global en un esquema de gobierno federal global cuasi – autoritario, que no se ve estable ni viable en el tiempo.

A pesar de estas críticas, la propuesta de Slaughter será de utilidad para el estudio del arbitraje internacional de inversiones como ámbito de gobernanza global en el que se da la intersección de lo público y de lo privado, de lo internacional y de lo doméstico. Es por tanto un espacio en el que la autoridad privada se despliega claramente y en el cual es posible visibilizar como opera ese “poder” privado en el campo del arbitraje a partir de la construcción de redes de gobernanza en el que las oficinas internacionales de abogados desempeñan un papel clave en la construcción del régimen.

La noción de autoridad no se restringe a la naturaleza pública de quien la ejerce. La teoría y la filosofía política contemporáneas identifican la amplitud y ambigüedad del concepto y para ello se establece la distinción entre tener autoridad y ser una autoridad. Esta distinción es fundamental para comprender, afirmar y legitimar el surgimiento y presencia de la autoridad privada en la regulación de los asuntos públicos tanto en la dimensión doméstica como en la global. El ser una autoridad implica un reconocimiento soportado en el conocimiento que posibilita que quien lo ostente y lo aplique de cierta forma ejercerá una influencia en el actuar y en las opiniones de los otros, los cuales van a otorgarle reconocimiento gracias al saber que ostenta.

La regulación y gestión de los asuntos globales refleja la necesidad de

²¹⁸ *Ibidem*, p. 1301.

desarrollar mecanismos, órganos e instrumentos de administración que trasciendan el ámbito del poder público del Estado. Los ritmos, dinámicas y procesos asociados a la globalización plantean limitaciones a la capacidad regulatoria de éstos, en virtud de la diversidad de materias, el contenido de las mismas y en especial a la marcada deslocalización, descentralización y flexibilidad de los asuntos, materias, organizaciones e individuos que agencian este tipo de materias. Las organizaciones internacionales son una respuesta institucional desde el Derecho internacional público para participar en la gobernación de los asuntos globales, pero su estructura interna de gestión y de toma de decisiones les resta la flexibilidad necesaria para atender la necesidad de administración propia de la globalización contemporánea. Además, su naturaleza de sujeto de Derecho internacional público le genera críticas desde aquellas perspectivas que sospechan de un denominado gobierno global.

Los actores no estatales asumen por tanto un protagonismo necesario para la gestión de los asuntos globales. La gobernanza global contemporánea exige de estructuras flexibles, transitorias y horizontales para el tratamiento de los distintos temas que transitan por los asuntos globales contemporáneos. Los actores no estatales asumen predominantemente formas organizacionales privadas que posibilitan su participación en la gobernanza global. Estas maneras de llevar cabo la gestión les permite desarrollar figuras tanto de carácter permanente, como transitorio, o bien de naturaleza formal o informal. Los actores privados en buena parte son una autoridad y son una autoridad de fuente privada, por tanto ejercen autoridad privada.

Las compañías multinacionales, las ONGs y las comunidades epistémicas, son sólo algunas de las manifestaciones de los actores no estatales que representan la autoridad privada en los asuntos internacionales. Sin embargo, son las más representativas pues su estructura administrativa y el objeto que persiguen les posibilita desagregarse a lo largo del planeta. A pesar que las compañías multinacionales y las ONGs son organizaciones formalmente

constituidas, la globalidad de sus objetos les permite desarrollar esquemas colaborativos flexibles y transitorios. De la misma forma les interesa crear regímenes internacionales propios o favorables a sus intereses. Es por ello que participan intensamente en los espacios de toma de decisiones internacionales y reflejan el alcance creciente de la autoridad privada en los asuntos internacionales. Las empresas multinacionales en particular desarrollan esquemas colaborativos que les posibilita la creación de regímenes internacionales “particulares” en los que llevan a cabo su operación a escala global. De manera simultánea, consolidan una cadena de servicios que soportan toda la logística necesaria para su funcionamiento, operación y crecimiento en el ámbito global. Al mismo tiempo crean ONGs para abogar por sus intereses y sus ejecutivos hacen parte de las comunidades epistémicas que sean clave para sus procesos y proyectos económicos.

Tanto la corriente neorrealista como la corriente neoliberal de la teoría de las Relaciones Internacionales y el Derecho internacional público presentan limitaciones para el estudio de la autoridad privada en los asuntos internacionales. Esto debido a su marcado carácter estado céntrico a lo que se suman, en el Derecho internacional público (DIP), su acento formalista. El neoconstructivismo y las corrientes críticas de las Relaciones Internacionales han ampliado su panorama teórico, mientras que en el DIP vertientes de origen estadounidense como los estudios críticos del Derecho y la Escuela de New Haven posibilitan una lectura antiformalista del mismo. En la medida que se da una mayor visibilidad a la gobernanza global surgen nuevas propuestas que buscan vincular disciplinariamente al DIP con las Relaciones Internacionales. Se busca encontrar una respuesta jurídica que legitime las diversas manifestaciones de la gobernanza global y con ello suplir desde el derecho el denominado déficit democrático que sufren. Surgen, entonces, agendas como el Derecho administrativo global (DAG), la autoridad pública internacional o las redes globales de gobernanza.

Estos proyectos reconocen las limitaciones que tiene la actual estructura de los Estados para gobernar de manera eficiente los asuntos globales. Identifican, también, que las problemáticas y procesos que surgen de la globalización son en su esencia deslocalizados y por tanto no reconocen límites fronterizos, ni jurídicos. En tal sentido admiten la presencia de la autoridad privada en diversas instancias de regulación bajo la operación de actores privados no estatales o de entes híbridos. Sin embargo, estas corrientes buscan de cierta manera establecer un mínimo de autoridad pública en la gestión privada de asuntos globales. El DAG al emplear un denominador que referencia a una rama del derecho interno acepta que el sustento de esa diversas de actividades y acciones de regulación tiene como referente último al Estado. La autoridad pública internacional es más estricta en su aproximación y reclama que el ejercicio de toda autoridad supone un componente propio de lo público. Finalmente, las redes de gobernanza buscan que sean los funcionarios, en los distintos niveles, quienes interactúen con todos los otros agentes que circulan por las redes para con ello fijar niveles de regulación formal e informal.

Una lectura flexible de la agenda de las redes de gobernanza es la que permite comprender el papel de la autoridad privada en la gobernanza global y en particular en la construcción de un régimen específico como el del arbitraje internacional de inversiones. Esta lectura reconoce la presencia de la autoridad privada representada en la acción de diversos tipos de actores no estatales tanto en los procesos de toma de decisiones (al nivel local, regional o global) como en la operación de regímenes confeccionados a la medida de sus necesidades. A su vez, identifica y legitima la interacción de los funcionarios en los espacios de gobernanza multinivel al “informalizar” su actuar en los ámbitos de gestión de los asuntos globales.

El derecho (y en especial un Derecho internacional dúctil) y los bufetes internacionales de abogados desempeñan un rol fundamental en la consolidación de regímenes propios de la autoridad privada y de hecho son

una de las manifestaciones de ésta. Por medio del diseño de órdenes jurídicos autónomos, como la *lex mercatoria* moderna, esta modalidad de actores tienen un fuerte impacto en la consolidación de este tipo de autoridad en la gobernanza global. Además, este tipo de regímenes cuentan con mecanismos propios de solución de controversias, lo cual facilita la aplicación de las reglas propias del régimen y las dota de validez y eficacia. La forma en la que operan y estructuran las oficinas globales de abogados refleja, precisamente, cómo se representa y ejerce la autoridad privada en la gobernanza de los asuntos globales. El uso que se hace del Derecho internacional público, del Derecho internacional Privado y de la moderna *lex mercatoria* permite legitimar normativamente a los actores no estatales que ejercen este tipo de autoridad. La institucionalización del arbitraje internacional de inversiones será entonces el tipo de régimen en el que en su construcción y operación tienen una alta incidencia la autoridad privada.

SEGUNDA PARTE
OFICINAS GLOBALES DE ABOGADOS Y ARBITRAJE DE
INVERSIONES

3. Las oficinas transnacionales de abogados como autoridad privada

En su edición de febrero 28 de 2004 el semanario inglés *The Economist* aseveraba que sin importar el lugar del planeta en el cual se quieran instalar las compañías multinacionales siempre van acompañadas de contadores, banqueros, consultores y abogados²¹⁹; esta afirmación simboliza la expansión global de las firmas de abogados y el papel que desempeñan en la gestión de los negocios globales. De igual forma siete años después, en su número del 5 de mayo de 2011, la misma publicación indicaba que las grandes firmas de abogados son uno de los grupos afectados por la crisis financiera global, resaltando con ello el carácter globalizado de la profesión jurídica y de los grandes despachos de legistas.

La globalización ha transformado las firmas de abogados, que pasan de ser organizaciones estrictamente nacionales a transformarse en multinacionales que ejercen un cierto tipo de autoridad en la configuración de regímenes específicos. Este capítulo se ocupa de estudiar los bufetes de abogados que se conforman como actores transnacionales y ejercen una modalidad de autoridad cuya naturaleza es privada. Estos despachos están dominados por firmas anglo – estadounidenses, que de diversa forma se han transformado en actores globales. Por su parte, firmas alemanas y españolas también experimentan este tipo de transmutación, gracias a la expansión de la Unión Europea y del Derecho Comunitario Europeo, el cual les exige adaptarse un mercado más amplio y a la aplicación e interpretación de un orden normativo que trasciende el ámbito nacional. A su vez la marcada presencia

²¹⁹ THE ECONOMIST (2004), “Home torts from abroad”, *The Economist*, February 2004, pp. 12 – 14.

de los mercados emergentes en la economía globalizada plantea la necesidad para las firmas anglo – estadounidenses y europeas de expandir sus actividades de servicio y asesoría jurídica a Asia y a América Latina y en menor medida al continente africano; dando lugar a la creación de modalidades de operación impensables hace unos años, como la externalización de servicios jurídicos a través de compañías multinacionales que tercerizan el oficio jurídico de rutina a “factorías” de abogados en la India, o el surgimiento de compañías en la internet que se encargan de la actividad probatoria. En consecuencia, la práctica de la abogacía se deslocaliza según las necesidades de los clientes en un momento dado. De manera simultánea las firmas se expanden por diversas vías; aquellas que tienen una entidad propiamente multinacional son las que se denominarían firmas globales de abogados. Estas firmas responden a un modelo de prestación de servicios profesionales concebido a comienzos del siglo XX en los Estados Unidos, el cual es conocido como el modelo *Cravath*. En dicho esquema la firma de abogados se consolida como una estructura organizativa que busca crecer de acuerdo con la contratación constante de abogados, los cuales ingresan como colaboradores, y de acuerdo con la evaluación de su desempeño se convierten en socios de la firma esto es lo que se denomina el torneo de abogados. Esta especie de vinculación rotativa de asociados permite a las firmas hacerse más grandes según las necesidades crecientes de sus clientes, los cuales a su vez despliegan un gran número de acciones en diversos ámbitos de la economía global contemporánea.

Esta estructura permitió el gran crecimiento de las firmas de abogados en los Estados Unidos a lo largo del siglo XX, y transformó la concepción sobre la práctica del derecho en dicho país. El ejercicio y desarrollo profesional del abogado se da, por tanto, en una organización que desarrolla un modelo de negocio en un sector específico. Se desacralizan las formas y se convierte en una estructura orientada a defender los intereses de sus clientes y a conseguir nuevos mercados y negocios. Esto facilita la consolidación de grandes

compañías formadas por un alto número de abogados y se replica con ajustes contextuales en Inglaterra y Gales²²⁰. A pesar de que la globalización permite que las firmas se expandan a lo largo del planeta, el centro neurálgico de su operación se concentra en las ciudades de Nueva York y de Londres, lo que demuestra la estrecha relación que dichas firmas tienen con los centros financieros globales.

La actividad que despliegan los abogados de las firmas globales en respuesta a las necesidades de sus clientes se refleja en la creación de un cuerpo normativo propio para la operación transnacional de actores privados. Este cuerpo normativo adopta una forma más característica del *soft law* y se soporta en buena medida en la autoregulación y el autocumplimiento de sus contenidos. De igual forma es en un alto porcentaje “aestatal” en el sentido que para su origen, cumplimiento y legitimación no es necesaria la intervención del Estado como fuente de autoridad pública; por el contrario, es un ámbito de normas que emanan principalmente de la autoridad privada que ejercen los abogados asociados a las firmas, así como de las distintas asociaciones que los agrupan. El término *lex mercatoria*, si bien sujeto a controversia, es el que se utiliza en la literatura para identificar este cuerpo normativo de aplicación propia para los operadores de comercio internacional.

La existencia de la *lex mercatoria* moderna no sería posible sin la presencia de las grandes firmas globales de abogados. Son las firmas globales las que dan un contenido normativo a las prácticas de los operadores de comercio y tienen la capacidad de desarrollar “productos” jurídicos que respondan a una legitimidad particular, y que emanen del entorno privado de los actores involucrados. Es allí donde los abogados de las firmas operan como autoridades en la materia específica, y con ello establecen, quizá de manera

²²⁰ Como consecuencia de la estructura política del Reino Unido, Escocia e Irlanda del Norte tienen sistemas diferentes, en consecuencia se habla de forma separada de Inglaterra y Gales y no se incluye el Reino Unido como una totalidad.

imperceptible, un manto de autoridad en la operación global del comercio en sus distintas facetas.

La inversión extranjera directa y la solución de controversias por vía del arbitraje internacional de inversiones es uno de los espacios donde este tipo de autoridad está presente y donde su presencia se torna más ambigua, pues supone una interacción mayor con la autoridad pública del Estado. La inversión extranjera implica la presencia de capital global en un territorio específico, pero la autoridad que emana del Estado deberá competir globalmente por atraer dicho capital. Es en esta competencia donde intervienen los despachos globales de abogados, pues como autoridad privada son quienes en un momento determinado inducirán la aplicación de un régimen estatal u otro y al mismo tiempo aconsejan a la autoridad pública para que se adapte a las necesidades cambiantes de la economía global y flexibilice su régimen de inversión. Finalmente, los abogados socios de los despachos oficiaran de árbitros para adjudicar la diferencia que surja entre el inversionista y el Estado. Se cierra así el ciclo en el que emana su autoridad pues dirimirán la controversia con base en dicho corpus jurídico, que ellos mismos, como autoridad privada, han confeccionado.

Este capítulo se ocupa, por tanto, en primer lugar, de identificar la presencia de las firmas multinacionales de abogados, de indagar por su funcionamiento y operación. En segundo lugar identificará las principales formas de manifestarse de dichos despachos, y como se da una concentración de los mismos en los centros financieros globales. Finalmente en tercer lugar se analizará cómo estos bufetes se manifiestan como un tipo de autoridad privada, en especial a partir del uso de la denominada *lex mercatoria* moderna, y del uso del arbitraje como uno de los medios preferidos para la solución de controversias internacionales de diverso tipo.

3.1. La firma global de abogados

3.1.1. Orígenes

Las firmas de abogados se encuadran como organizaciones de servicios, y en consecuencia están incorporadas dentro del Acuerdo General de Comercio sobre Servicios que administra la OMC. Los servicios según la literatura asociada a la geografía económica se caracterizan por ser intangibles, invisibles, no fungibles, efímeros y no almacenables. También evidencian una intensa interacción entre productor y destinatario²²¹, es decir, entre los abogados y sus clientes. En tal sentido se predica la necesidad por parte de la gran firma, de consolidar una marca que sea ampliamente reconocida, y construir una reputación notable, para gestionar de forma eficiente tales características. En consecuencia, la industria de servicios jurídicos, a pesar del peso de la tradición y de las barreras de acceso, es un sector con un alto grado de dinamismo, lo que permite generar un gran nivel de competencia y de creación de valor.

La prestación de servicios jurídicos se organiza alrededor de las oficinas de abogados. Esta modalidad de organización se ha considerado generalmente como pequeña y local. En principio, esto es una consecuencia de la organización estadocéntrica del sistema internacional. La soberanía como principio jurídico organizador del Estado supone la monopolización de la creación y operación del derecho dentro de sus fronteras. Por ello, las firmas de abogados se aprecian como entes locales, cuyo rango de acción se limita al Estado y ordenamiento jurídico nacional en el cual operan, gracias a que dicho ordenamiento es el que les legitima y les reconoce su actuar.

Con la paulatina globalización de la economía en la segunda mitad del siglo XX, las oficinas de abogados dieron pasos hacia cierta internacionalización.

²²¹ BROCK, D., Yaffe, T. & DEMBOVSKY, M. (2006), “International diversification and performance: A study of global law firms”, *Journal of International Management* (V. 12), p. 475.

Este término se usa de manera deliberada para indicar que la expansión de las firmas, se da solo a nivel de contactos con otras oficinas de abogados similares, localizadas en otros Estados, y mantener así su autonomía y los clientes locales. Tales pasos se motivaron principalmente más por las necesidades de los clientes, que por la iniciativa de los mismos bufetes. Es de anotar que esta paulatina internacionalización se da de manera casi exclusiva en el eje Estados Unidos/– Reino Unido, o más específicamente, despachos domiciliados en las ciudad de Nueva York y en la ciudad de Londres.

Las compañías multinacionales y las compañías de tamaño medio orientadas a la exportación, son el tipo de clientes que los despachos acostumbran recibir en esta fase. Según Brock, Yaffe y Dembovsky²²² se pueden catalogar tres categorías de clientes. En primer lugar, los clientes globales, que prefieren el mismo proveedor de servicios en los distintos mercados en los cuales operan y llevan a cabo negocios. En segundo lugar, están los clientes locales que requieren ciertos servicios globales rutinarios o estandarizados²²³. Finalmente, en tercer lugar, se identifican aquellos clientes, que siendo locales, prefieren elegir aquellas firmas que tengan una proyección internacional, por la posibilidad de conseguir un servicio y un conocimiento que les brinde un acceso potencial a su propia internacionalización.

El punto de inflexión se da con la desregulación y privatización desarrollada por el gobierno conservador británico de Margaret Thatcher en los años ochenta. En el transcurso de veinte años (1980 – 2000) la transformación en firmas globalizadas se consolida definitivamente. El tránsito lo realizan primordialmente las firmas británicas conocidas como el “círculo mágico” (*magic circle*) que agrupa a las cinco firmas más grandes del corazón financiero de Londres, conocido como *The City*. Las grandes firmas estadounidenses

²²² *Ibidem*, p. 476.

²²³ Este es el caso de compañías inscritas en bolsas de valores diferentes a los de su domicilio de origen y que en consecuencia deben enviar reportes de sus actividades y estados financieros de forma rutinaria y estandarizada.

van a crecer en tamaño y facturación, pero van a preferir su íntima asociación con Wall Street para consolidar por esa vía su operación global²²⁴.

A la desregulación británica se le añade el crecimiento en la inversión extranjera, tanto directa como de capitales a lo largo del globo, como factor que impulsa la globalización de los bufetes. La consolidación de la globalización económica implica la deslocalización del capital, de la producción y de la distribución a escala global. En consecuencia, los diversos participantes del comercio internacional requieren que su operación se distribuya en diversos lugares y por tanto efectuarán inversiones en diversos lugares del planeta. Para tal fin se ha dispuesto, impulsada en buena parte por los despachos globales de abogados, una arquitectura jurídica que propugna garantizar la estabilidad y rentabilidad de la inversión. Esto incrementa la demanda de servicios jurídicos, los cuales también se convierten en inversión extranjera en la medida en que las firmas globales de abogados abren despachos en diversos países. Más importante aún es que el actuar de las firmas supone al mismo tiempo involucrarse en diversos procesos que se dan a lo largo del planeta y en el que están presentes intereses públicos y privados. Esto se evidenció en su proceso de expansión con la privatización de conglomerados públicos en el Reino Unido y luego en diversos lugares del globo, en especial en Europa del Este y en América Latina.

Faulconbridge, Beaverstock, Muzio y Taylor consideran que la globalización de las firmas de abogados está asociada a la creación de centros financieros y de servicios globales. De ahí que Nueva York y Londres sean los lugares donde se encuentre a la mayor parte de estas firmas y que se expandan a ciudades como Frankfurt, Hong Kong y Singapur como centros financieros,

²²⁴ FLOOD, John (2001), "Capital Markets: Those Who Can and Cannot Do the Purest Global Law Markets" en APPELBAUM, R. P., FELSTINER, W. L. F. & GESSNER, Volkmar (eds.) (2001), *Rules and Networks. The Legal Culture of Global Business Transactions*, Oxford: Hart, p. 255.

y a Washington y Bruselas como centros de decisión política²²⁵. De esta forma se crea una red que permite una conectividad de los profesionales jurídicos que se encuentran en ella.

El fin de la Guerra Fría, la privatización y transformación de los Estados de Europa del Este, y el cambio de la política económica de los países en vías de desarrollo significan el impulso definitivo hacia la globalización de las firmas de abogados y su consolidación como organizaciones multinacionales de servicios. Por ello, la gran expansión y crecimiento de firmas a lo largo de las últimas dos décadas se orienta hacia estos mercados. Un factor adicional se da en la consolidación del Derecho Comunitario Europeo como marco jurídico regulador del mercado común, lo cual facilitará la integración de firmas británicas con las continentales, en especial con las alemanas y en algunos casos con las firmas españolas.

Las firmas multinacionales/globales de abogados siguen el patrón utilizado por distintas organizaciones empresariales para expandirse internacionalmente. El modelo fue descrito por John Dunning y denominado *Ownership-Location-Internalization* (OLI), en él postula que una compañía solo se involucrará en actividades internacionales si tiene una ventaja sobre los competidores locales en relación con la propiedad, la ubicación geográfica y la internalización de costos. De esta forma Faulcunbridge, Beaverstock, Muzio y Taylor indican que las oficinas anglo-estadounidenses tienen un modelo más flexible que las provenientes de aquellos ordenamientos que se fundamentan en el modelo de derecho de base romano-germánica. Por ello, es posible identificar como una característica de los bufetes provenientes de sistemas de *common law* lo que se denomina como “apropiación”; esto es, que las firmas solo se

²²⁵ FAULCONBRIDGE, James R., BEAVERSTOCK, Jonathan V., MUZIO, Daniel & TAYLOR, Peter (2007-2008), “Global Law Firms and Organizational Spaces of Cross-Border Legal Work”, *Northwestern Journal of International Law and Business* (V. 28, No. 3), p. 460.

internacionalizarán si tienen ventajas particulares en sectores como la tecnología, la administración, y el marketing. A ello se suma la facilidad del acceso a clientes transnacionales y un estándar de servicio que no intimide a los clientes locales. La ubicación se convierte en una ventaja, si en ese lugar es posible adelantar negocios y conseguir nuevos clientes para el despacho. Por ello, es explicable que los centros de origen y de decisión de las grandes firmas globales se concentren en Nueva York y Londres. Finalmente, en lo que concierne a la internacionalización, ésta se da cuando la compañía de abogados encuentra que es más beneficioso expandirse directamente que generar una mera alianza o franquicia²²⁶.

Se identifican dos tipos de firmas. Por una parte aquellas que tienen una presencia directa en el extranjero, lo cual se traduce en la constitución de un bufete en el Estado correspondiente. Por la otra parte, están las firmas que tienen una presencia indirecta en otros estados por medio de corresponsalías o alianzas menos firmes. Esto se puede generar por medio de un proceso de fusión con una firma que tenga experiencia en administrar asuntos jurídicos en el extranjero y que cuente con un número importante de abogados formados en la tradición anglosajona. La otra posibilidad es reclutar juristas que tengan dicha experiencia formativa o de trabajo en los Estados Unidos o en el Reino Unido²²⁷.

La estructura de la firma de abogados estadounidense es la que se define como el modelo paradigmático de oficina transnacional de abogados. Este tipo de firmas se conoce como *Cravath*²²⁸, y en ella se da lo que Marc Galanter y Thomas Palay etiquetan como el torneo de abogados. Este

²²⁶ *Ibidem*, p. 465.

²²⁷ FAULCONBRIDGE, James R. (2008), "Negotiating cultures of work in transnational law firms", *Journal of Economic Geography* (V. 8), p. 508.

²²⁸ El nombre de *Cravath* proviene de la firma neoyorquina Cravath, Swaine & Moore, LLP., la cual fue la primera que documentó y formalizó en extenso este proceso organizacional. *Vid.* <http://www.Cravath.com/systemshistory/> (última consulta 21 de marzo de 2013).

esquema consiste en que la firma se constituye con un número determinado de socios, las más tradicionales a comienzos del siglo XX, o desde los años ochenta como consecuencia de fusiones y adquisiciones. Dichos socios fundadores contratan un número de abogados de acuerdo con las necesidades de la firma y las demandas de sus clientes, estos abogados son generalmente recién graduados.²²⁹ La firma, con el objetivo de crear una cultura corporativa y un mayor nivel de servicios profesionales a sus clientes, realiza cada cierto tiempo un concurso entre los abogados contratados con la finalidad de convertir a los ganadores del mismo en socios de la firma, y con ello vincularlos a la suerte de la misma. Los abogados son evaluados con base en su desempeño, y así se crea una cultura *meritocrática*, el torneo se plantea como un concurso objetivo, si bien algunos estudios observan que otros factores de índole subjetiva también son importantes para determinar la selección de uno u otro abogado como socio²³⁰. A esta cultura fundada en la *meritocracia* le subyace otra basada en un fuerte sentido de los negocios, y es que por esta vía que la firma logra garantizar un extenso portafolio de servicios para sus clientes, atraer nuevos clientes y al mismo tiempo evitar la fuga de capital humano esencial para su posicionamiento como autoridad.

El torneo de abogados permite constituir una mini comunidad epistémica que le posibilita a la firma competir globalmente. Lo cual va a facilitar que los abogados se comporten de tal manera que sean tenidos como una autoridad en el campo específico en el que se desenvuelvan en su quehacer profesional.

²²⁹ La educación jurídica de los Estados Unidos y Canadá presenta una característica que la diferencia con su homóloga británica y del resto del continente europeo. Esta consiste en que es una escuela de graduados, es decir, que para acceder a las escuelas de derecho es necesario cursar un grado que brinde un título luego de cuatro años de estudio. Esto se conoce por sus siglas en inglés como B. S. (*bachelor of science*) o B. A. (*bachelor of arts*). Posteriormente los aspirantes deberán presentar el examen de admisión a las escuelas de derecho y una vez admitidos cursar tres años de educación jurídica. Para ser admitidos en el colegio de abogados y ejercer representación judicial, derecho de postulación, deberán pasar el examen del colegio estatal correspondiente (*bar exam*).

²³⁰ GALANTER, Marc & PALAY, Thomas (1991), *Tournament of Lawyers. The Transformation of the Big Law Firm*, Chicago: Chicago University Press, pp. 4 – 19.

En consecuencia, el impacto psicológico que genera la reputación e imagen del despacho, gracias al saber acumulado por sus socios, les permite ser identificados como un actor con un gran conocimiento y experiencia en la gestión de problemas asociados a ciertos regímenes internacionales. Ese reconocimiento los vuelve visibles a los otros sujetos que participan del régimen, y dicha visibilidad es imprescindible para el éxito del mismo. El régimen de la inversión extranjera y del arbitraje internacional de inversiones son un claro ejemplo de ello.

3.1.2. Consolidación y características

La cultura corporativa se entiende como el conjunto de convenciones sociales que comprende normas de comportamiento y estándares que configuran la forma como se llevan a cabo las interacciones sociales subyacentes de la firma. Los cambios en la cultura de la firma pueden afectar la estructura de la misma, lo cual es relevante en el ámbito de las firmas globales por la creciente “americanización” de las mismas.

En ciertos aspectos las firmas de abogados transnacionales se asemejan a sus clientes las compañías multinacionales. Esto se da gracias a que, como la mayor parte de multinacionales, contratan trabajadores formados en el lugar donde desempeñarán su función, así como otros que estarán “aculturados”, de tal forma que se crea una clase global de trabajadores. Por tanto, se genera un espacio transnacional de trabajo en el que se mezclan abogados expatriados y locales. Es así como se define y estructura una cultura de trabajo propia de las firmas. De acuerdo con Faulconbridge se crean unas reglas que son el marco general en el que se desenvuelve el bufete global. En primer lugar el ámbito de actividad de los abogados continúa siendo una de los más regulados por normas nacionales²³¹. La sociología de las profesiones

²³¹ En este punto es necesario aclarar que si bien las reglas son nacionales, no implica que la regulación sea estatal, esto es pública. Es el caso de los Estados Unidos en el cual la regulación la realizan los distintos colegios de abogados federales, que tienen

ha demostrado que las estructuras nacionales tiene un peso significativo en la producción de culturas de la práctica profesional. Si bien, esto lo defiende Faulconbridge, el modelo de firma estadounidense, la *Cravath*, se intenta en mayor o menor medida recrear a lo largo del planeta. La reproducción del modelo posibilita la creación de redes y la estructura para una potencial fusión entre oficinas de abogados de diversos lugares del globo. Al mismo tiempo una adopción contextual del modelo permite a las grandes oficinas domiciliadas en Londres expandirse a lo largo de Europa y después a la casi totalidad del planeta.

A esto se suma la mayor presencia de abogados extranjeros en las facultades de derecho de los Estados Unidos y del Reino Unido para llevar a cabo estudios de posgrado y con ello adquirir competencias propias del sistema *adversarial* característico del *common law*. Estos estudios de postgrado se denominan *master of laws* (LL. M.)²³² y permiten generar una especie de cultura común entre aquellos miembros de oficinas locales que tienen clientes con negocios globales y que pueden servir de contacto en una red global de abogados o ser socios de los despachos locales candidatos para un proceso de fusión. Este tipo de abogado que adquiere una educación de postgrado en los Estados Unidos o en el Reino Unido, transforma las oficinas locales, lo cual le permite brindar servicios a sus clientes, independiente de las necesidades geográficas que éstos tengan²³³. Finalmente, el hecho de lograr una formación de postgrado y estar expuesto a la cultura jurídica anglosajona posibilita que estos profesionales brinden a sus clientes una asesoría con un enfoque propio de dicho entorno.

la naturaleza de organización privada. *Vid.* http://www.americanbar.org/groups/legal_education/resources/bar_admissions/basic_overview.html (última consulta 21 de marzo de 2013).

²³² Este estudio de postgrado tiene una duración de un año y para ser admitido es necesario ser un abogado graduado en cualquier Estado del planeta.

²³³ SILVER, Carol (2007), "Local Matters: Internationalizing Strategies for U.S. Law Firms", *Indiana Journal of Global Legal Studies* (V. 4, No. 1), pp. 84.

En segundo lugar, la naturaleza del trabajo de las firmas jurídicas globales también se define por las especiales características que tiene la prestación de servicios jurídicos. Cuando ésta se da a escala global, se particulariza por la formación de equipos de trabajo deslocalizados y temporales, que se conforman de acuerdo con las necesidades de un cliente específico y que comprende la reunión de un grupo de expertos del tema que requiera abordar el problema en cuestión. Por ello se crea una subcultura especializada y deslocalizada, que deja atrás la figura del abogado generalista y conduce a la del especialista o subespecialista. Esto es especialmente importante en la generación de autoridad, pues estos profesionales van a ser considerados autoridades, gracias al prestigio profesional y académico que obtienen. Si se plantea en el lenguaje de Friedman²³⁴, son autoridades en el ámbito del conocimiento y de trabajo específico en el que se desempeñan, gracias al prestigio profesional y académico que han logrado. En consecuencia, construirán comunidades epistémicas que determinan la agenda y el contenido de los temas de su interés.

Por último, la naturaleza del trabajo de la firma transnacional se determina por la interacción y necesidades de los clientes. Los abogados de estos bufetes son tenidos como los consejeros de confianza de los hombres de negocios, lo cual se da gracias a la posibilidad de tender vínculos de largo plazo entre las firmas y las compañías multinacionales. La prolongación en el tiempo de dichos vínculos genera estabilidad para los despachos de abogados, y al mismo tiempo genera incentivos para que se busquen nuevas relaciones de largo plazo con otros clientes en el ámbito global.

Un último aspecto en relación con la organización es el que se refiere al campo de acción jurídica transnacional. Según Quack, Este es la estructura de actores, prácticas y procesos institucionales que están involucrados en el campo de creación del derecho que regula acciones y eventos que

²³⁴ FRIEDMAN, Richard B. (1973), *Op. Cit.*, p. 122.

trascienden fronteras y que se genera por actores privados²³⁵. Esta lectura permite concluir que el derecho transnacional que se origina en las firmas de abogados, trasciende al Derecho internacional interestatal.

Las etiquetas de globalización del derecho o de derecho transnacional no están exentas de críticas. Según Quack, una parte significativa de la literatura considera que tal transnacionalización o globalización está determinada por las tradiciones jurídicas del *common law* y en particular la de los Estados Unidos, y la de la Gran Bretaña (en particular el derecho de Inglaterra y Gales)²³⁶. Esto implica que las oficinas de abogados, contratarán abogados con una formación en el sistema litigioso propio de dichos ordenamientos jurídicos; lo que facilitan que los nuevos empleados de las firmas se adapten fácilmente al sistema *Cravath*, que promueve a las convocatorias para volverse socio de la firma. A esto se suma que la firma declare abiertamente su carácter de negocio y que, por tanto, su enfoque principal sea la generación de nuevos clientes que aumenten los ingresos de la organización, dejando atrás cierta idea que los bufetes promovían ideales más cercanos a la promoción de la justicia en ejercicio de la profesión jurídica.

Es por ello que las firmas que deciden convertirse en despachos multinacionales adoptan una estructura muy diferente a la de las que permanecen de forma exclusiva en el espacio doméstico. Además, se identifican una serie de actores adicionales a las firmas, como los colegios profesionales de abogados y las redes de abogados, entre otros. Los individuos que participan en ellas desarrollan relaciones inter - organizacionales y construyen redes que le permiten estructurar negocios a escala global y superar la ambigüedad del derecho transnacional²³⁷. Desde esta óptica es posible identificar tres tipos de firmas de abogados

²³⁵ QUACK, Sigrid (2007), "Legal Professionals and Transnational Law-Making: A Case of Distributed Agency", *Organization* (V. 14, No. 6), p. 645.

²³⁶ *Ibidem*, p. 648.

²³⁷ *Ibidem*, p. 650.

internacionales²³⁸. El primer tipo son las megafirmas, fundamentalmente estadounidenses, que cuentan con un gran volumen de negocios, e íntimamente vinculadas con el mundo financiero de Wall Street. Un segundo tipo es la gran firma europea, que se transforma especialmente a partir de una serie de fusiones y adquisiciones dentro de la industria, especialmente entre firmas británicas y alemanas. Es paradójico que estas firmas tengan más oficinas a lo largo del planeta que las megafirmas de los Estados Unidos y su personal calificado sea mucho más diverso. Por último, un tercer tipo es la firma mediana no estadounidense. En ellas se da más un desarrollo de redes o corresponsalías y no necesariamente un crecimiento orgánico unitario.

La firma internacional en cualquiera de sus modalidades lleva a cabo soluciones transnacionales a problemas que requieren colaboración entre abogados localizados en diversos lugares y pertenecientes a distintos ordenamientos. No es necesario que todos ellos pertenezcan a las mismas firmas, pero sí que sean especialistas en las materias necesarias para resolver el asunto concreto de un cliente.

Por su parte las colegiaturas locales y nacionales de abogados se transmutan en entes dotados de intereses internacionales como el Colegio Internacional de Abogados, International Bar Association (IBA)²³⁹, entre otros. Estas asociaciones llevan a cabo dos asuntos importantes. En primer lugar proveen un foro en el que se sensibiliza y desarrolla el trabajo de las redes. Esto les permite llevar a cabo discusiones respecto del sentido e interpretación del derecho. En segundo lugar llevan a cabo las negociaciones de alto nivel que definen las reglas y las normas del derecho propias de esta práctica. La IBA mantiene comités permanentes que orientan tanto a los gobiernos y a las organizaciones internacionales, como a las redes en las que se define la

²³⁸ *Vid.* MORGAN, Glen & QUACK, Sigrid (2005), “Institutional Legacies and Firm Dynamics: The Growth and Internationalization of UK and German Law Firms”, *Organization Studies* (V. 26), pp. 1771 y ss.

²³⁹ *Vid.* http://www.ibanet.org/About_the_IBA/About_the_IBA.aspx, (última consulta 21 de marzo de 2013).

gestión de asuntos a escala global. Su influencia se genera gracias a la experiencia y conocimiento que tienen sus miembros; en otras palabras son autoridades en la materia que se regula. Nos estamos refiriendo por tanto a una autoridad privada. Finalmente las redes transnacionales y los actores públicos y privados que intervienen en ellas extienden su influencia especialmente al ámbito del arbitraje internacional.

Las firmas se involucran en un activo proceso de creación y transformación del derecho, lo cual configura su posición de autoridad dentro del campo del Derecho internacional. Esta actividad puede definirse, siguiendo a Quack, como un ciclo de recursos en el cual las normas son modificadas en el momento en que tienen contacto con la práctica, que genera el input necesario para el desarrollo de las normas²⁴⁰. En este ciclo distintos actores participan. Se pueden identificar tres momentos: el de la innovación contractual, el de estandarización y finalmente el de normalización.

En el primero de ellos los abogados operan fundamentalmente como consejeros y redactores de las formas contractuales necesarias para el éxito de la operación de la que se ocupan. Para ello desarrollan una serie de tareas profesionales que comprenden la innovación legal a partir del derecho existente. Esto se da gracias a los vacíos e inconsistencias que encuentran en la legislación en un momento dado, y que permite generar soluciones jurídicamente innovadoras para sus clientes. Además, esta actividad se complementa con aquellos ámbitos que no se encuentran regulados o que han sido desregulados, allí los abogados de las firmas transnacionales elaboran fórmulas jurídicas novedosas de las que no existe precedente alguno. Finalmente, la innovación contractual requiere y genera la necesidad de coordinar las diferentes expectativas jurisdiccionales, una vez se da la creación de un producto jurídico, éste puede estandarizarse para reducir los costes de transacción.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 652.

Los estándares se entienden en este contexto, según Quack, como normas no vinculantes que son observadas voluntariamente por una amplia comunidad de juristas y por sus clientes²⁴¹. Esto no es cosa distinta al *soft law*. Para llegar a este nivel y contar con una normatividad uniforme, observada pero no ejecutable judicialmente, salvo ante ciertos tribunales de arbitraje internacional, es necesario que las reglas se construyan dentro de las firmas y los espacios privados de interacción entre ellas, como los comités de la IBA, o de la Cámara de Comercio Internacional, o en el Instituto para la Unificación del Derecho Privado Internacional (UNIDROIT) ²⁴² . Posteriormente, en su condición de autoridad el cuerpo de abogados conducirá los estándares a un nivel que estará compuesto por entes públicos o con capacidad reguladora. La movilidad interorganizacional de los abogados es la que permite la generación de este proceso de estandarización, el cual a su vez es patrocinado por los intereses comerciales de las grandes firmas para atraer nuevos clientes.

Por ello muchas firmas y sus abogados son considerados como miembros de comunidades epistémicas. En ellas los abogados aprovechan su rol como expertos y como *lobbyistas*. De esta forma las oficinas de abogados se involucran en proyectos institucionales que en cierta forma tendrán un beneficio para sus propios intereses y los de sus clientes. Por ello estos bufetes siempre manejan una doble faceta, como emprendedores de la reforma jurídica y como representantes de los intereses de sus clientes.

En cierto sentido este rol dual se torna difuso gracias a la multitud de actores frente a los cuales se llevan a cabo las gestiones de desarrollo y elaboración de estándares, y por tanto de derecho. Bajo diferentes modalidades las oficinas adelantan labores de gestión tanto en el ámbito de las organizaciones

²⁴¹ *Ibidem*, p. 654.

²⁴² *Vid.* <http://www.unidroit.org/dynasite.cfm?dsmid=103284>, (última consulta 21 de marzo de 2013).

internacionales, como en el grupos de naturaleza privada, o semipública²⁴³. De dichas actividades de gestión, se desprenden desarrollos normativos que adquieren el estatus de *soft law*. Finalmente, es en los tribunales de arbitraje internacional en los que este tipo de normas adquiere su legitimidad en el entorno de los operadores jurídicos internacionales²⁴⁴.

3.2. Modalidades de firmas globales de abogados

La literatura sobre firmas globales de abogados concentra la mayor parte de la operación de éstas en el eje Nueva York – Londres. Sin embargo, a pesar de las características comunes de los sistemas jurídicos en los que operan, los bufetes difieren en sus características y modelos de expansión. Por una parte los grandes despachos estadounidenses desarrollan una estrecha relación con el entorno financiero de Wall Street, lo que les conduce a limitar su expansión geográfica, pero no el alcance global de sus negocios y clientes. Históricamente tienen una fuerte presencia en América Latina, pero principalmente por medio de redes o corresponsalías. Por el contrario, el modelo inglés, o mejor londinense, se centra en la expansión geográfica impulsada por el desarrollo y ampliación del ámbito de aplicación del derecho europeo y de sus vínculos históricos con los mercados de Asia, África y Oceanía.

A lo anterior se suma una diferencia cultural que se da en la firma estadounidense, que se reproduce en menor escala en otros ámbitos del

²⁴³ En inglés se utiliza el acrónimo *quangos*, por *quasi-autonomous non-governmental organization*.

²⁴⁴ Esta es la posición dominante en los autores que se ocupan del estudio de las firmas de abogados y de la práctica jurídica internacional, el estudio canónico de la materia es el llevado a cabo por Dezalay y Garth en 1996. De manera reciente autores como John Flood y Fabian Sossa estiman que hay una mayor inclinación por llevar a cabo una hibridación entre el *soft law*, o su variedad más conocida la *lex mercatoria*, con los distintos derechos nacionales, dependiendo del caso en cuestión.

planeta. La estructura de la firma *Cravath* es la que predomina en el contexto de Estados Unidos y se exporta al resto del planeta. La firma *Cravath* genera el llamado “torneo de abogados”, que cual busca promocionar y autoabastecer la necesidad de mano de obra de la firma, en la medida en que ésta genera nuevos negocios y nuevos clientes. Este modelo que en palabras de Galanter y Palay es el más exitoso del siglo XX, por la transformación radical que supuso en la práctica del derecho en los Estados Unidos durante dicho siglo²⁴⁵. De esta forma en los últimos cien años el bufete de abogados pasó de ser una estructura de características familiares a ser una de dimensiones empresariales. Esta transformación permite que las grandes firmas produzcan un arco de servicios jurídicos amplio, continuo y de gran calidad, y al mismo tiempo ser el modelo a seguir por las demás despachos del planeta²⁴⁶, independiente de la tradición jurídica en la cual operen. Es así como otros modelos de firmas siguen en mayor o menor medida el esquema de la gran firma, la *Cravath*. Entre estas modalidades se encuentran la firma “boutique”, el despacho orientado al litigio estratégico de interés público e incluso la división jurídica de las compañías. A pesar de los límites al crecimiento de las firmas impuesto por la crisis financiera de 2008, estas firmas son conglomerados de producción de servicios jurídicos a escala global. El crecimiento a la manera estadounidense se da principalmente por la globalización de la economía a partir de la consolidación de los mercados financieros globales a comienzos de los años setenta, a lo que se suma la estructura peculiar que tienen de crecimiento y que da lugar al torneo de abogados. Este torneo significa que las firmas se convierten en estructuras de socios que se van agrupando en torno al surgimiento de nuevos negocios.

²⁴⁵ GALANTER, Marc & PALAY, Thomas M. (1999), “Large Law Firm Misery: It’s the Tournament, Not the Money”, *Vanderbilt Law Review* (V. 52), p. 956.

²⁴⁶ GALANTER, Marc & PALAY, Thomas M. (1992), “The Transformation of the Law Firm”, en NELSON, Robert L., TRUBECK, David M. & SOLOMON, Robert L. (1992), *Lawyers’ Ideals/Lawyers’ Practices*, Ithaca: NY: Cornell University Press, p. 31.

Se concibe un sistema de crecimiento de las firmas, en el que los nuevos vinculados, generalmente abogados que terminan sus estudios, son evaluados al cabo de cierto período de tiempo y si superan dicha evaluación, serán asociados a la firma. Esta dinámica garantiza el crecimiento constante del bufete lo que la habilita para desarrollar nuevas operaciones, conseguir nuevos clientes y ampliar la oferta de servicios jurídicos. En tal sentido se desarrollan distintos tipos de firmas en el panorama de la gestión jurídica global. En la literatura se encuentran dos clasificaciones la elaborada por Galanter y Palay más centrada en los Estados Unidos, pero exportable a otras jurisdicciones, y la propuesta por Sokol más sensible al eje Londres – Nueva York y abierta a otras ámbitos.

Galanter y Palay identifican siete tipos de firmas. La primera de ellas la denominan “la última gran firma”, en la que el proceso de promoción a socios se difiere y se genera un doble concurso; además este tipo de bufetes se ocupa de vincular lo que se denomina funcionarios “paralegales”, es decir, aquellos que no siendo juristas son especialistas en áreas de soporte a los servicios jurídicos y que requieren cierto conocimiento especializado en relación con el derecho. Así en ella la competencia entre socios y aspirantes a socios es mucho más intensa, y el concurso es más agresivo y selectivo. A ello se le suma el hecho que la competencia entre estas firmas implica el atraer a los socios del bufete rival, pues los clientes no están necesariamente vinculados al despacho, sino al socio correspondiente.

El segundo tipo es la firma que busca equipararse con las denominadas cuatro grandes firmas de auditoría contable²⁴⁷. Las grandes compañías de

²⁴⁷ Estas firmas son Price Coopers, KPMG, Ernst & Young y Deloitte, hasta el colapso de Enron se les denominaba las cinco grandes con Arthur Andersen, la cual se disolvió como consecuencia del fraude de la compañía que auditaba, y previamente eran las seis grandes antes de la fusión de Price con Coopers. *Vid.* “Arthur Andersen Is Said To Be Near a Sale to a Rival”, *The New York Times*, 11 de marzo de 2002, p. A18.

auditoría son organizaciones multiservicios, que se han adaptado a las exigencias de la economía globalizada a través de la descentralización y la ampliación en el portafolio de servicios que ofrecen a sus clientes. En consecuencia, son estructuras corporativas que superan a las firmas globales de abogados en número de despachos, en número de profesionales, en el monto de ganancias y en la rentabilidad por socio. Previo al colapso de Enron, las firmas contables fueron bastante agresivas en organizarse como centros de servicios profesionales multidisciplinarios, dentro de los cuales estaba la oferta de servicios jurídicos. En dicha propuesta se plantaba la creación de un departamento jurídico como un elemento más del portafolio de servicios, el cual se diseñó como una hibridación del modelo de las compañías de auditoría y el prototipo de la firma *Cravath*. Sin embargo, este proceso perdió impulso como consecuencia del colapso de la energética estadounidense Enron, en la cual una de las entonces denominadas cinco grandes firmas de la auditoría contable, Arthur Andersen, resultó implicada en el “maquillaje” de las finanzas de tal empresa. La desaparición de Arthur Andersen supuso un freno a la expansión de estas firmas y con ello a su intención de ofrecer servicios jurídicos.

El tercer tipo es la firma multidisciplinaria en la cual el despacho de abogados además de los servicios jurídicos incorpora la oferta de otro tipo de asistencia profesional, como la consultoría. En dicha modalidad la firma adopta una vía intermedia entre la gran firma de abogados y las grandes firmas de prácticas multidisciplinarias, en particular las de auditoría contable.

Estos tres tipos de firmas abarcarían la oficina generalista en la cual el número de abogados y profesionales que están o bien asociados o bien contratados en ellas es de tal magnitud que les permite ofrecer una cartera amplia a sus clientes. Estos bufetes dependen en mayor medida del sistema del torneo para vincular nuevos socios, sin que la plantilla disminuya y al mismo tiempo conserva los incentivos económicos internos para que todos el personal nuevo tenga la expectativa de convertirse en socio una vez llegue

el momento del concurso.

Las otras cuatro categorías que desarrollan Galanter y Palay son de firmas mucho más especializadas, pero que en su estructura operativa reproducen el esquema de la *Crawth* en versión reducida. El primero de estos tipos es la firma “boutique”. Éstas buscan que su ventaja comparativa sea la “hiperespecialidad” que tienen en determinadas materias. Gracias a su etiquetamiento como firmas de elite compiten con las grandes multifirmas por abogados de calidad y por clientes que tienen necesidades en el sector específico de su especialidad. En tal sentido la firma boutique combina un tamaño relativamente pequeño, con un trabajo jurídico intensivo y con una alta especialización y manteniendo el propósito expreso de mantenerse como una firma de formato reducido en cuanto al número de abogados y de socios de la misma²⁴⁸. Al mismo tiempo este tipo de despacho presenta un inconveniente frente a los nuevos abogados, y es que en él los socios fundadores tienden a minimizar el acceso a la condición de socio, y de aceptarlo se inclinan por conservar un mayor porcentaje de las ganancias obtenidas por la firma. Este aspecto le resta competitividad frente a la gran firma pues reduce el incentivo de los nuevos vinculados para convertirse en socios de este tipo de firmas.

La firma de compensación mixta²⁴⁹ es aquella que reduce los incentivos monetarios a cambio de una exigencia menos demandante a los abogados asociados y vinculados a ella. El menor nivel de exigencia se da, bien por tener un menor número de clientes por socio/abogado, o bien por contar con jornadas parciales o combinadas con otro tipo de actividad. Por tanto, en este tipo de firma la competencia interna es menor, lo cual puede traducirse en una desventaja competitiva frente a la gran firma, así ello signifique un beneficio no monetario de carácter personal para sus abogados.

²⁴⁸ GALANTER & PALAY (1991), *Op. Cit.*, p. 125.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 127.

Las redes de oficinas²⁵⁰ es la opción que eligen las firmas más pequeñas para expandirse internacional y globalmente. En esta modalidad comparten con otras firmas clientes, formación, y entrenamiento, información, servicios de administración y gestión de los bufetes, así como prácticas litigiosas y conocimiento jurídico especializados. En la red el factor importante es la coordinación y se evita la integración y fusión de las firmas.

La subcontratación es una cuarta modalidad que presentan Galanter y Palay, la cual supone que parte del trabajo de la firma se traslada a otras que facturan a un menor costo. Esta modalidad considerada marginal a comienzos de los noventa, tiene su momento de apogeo con la actual crisis financiera global²⁵¹. La presencia de mercados emergentes asociados al *common law*, como la India, facilita el traslado del trabajo rutinario a estos centros deslocalizados de servicios jurídicos.

Por último, Galanter y Palay identifican como una modalidad de firma de abogados a los departamentos jurídicos de las compañías multinacionales. Este tipo de abogado no es independiente, sino que es un elemento más de la estructura de una organización empresarial. Hasta la década de los ochenta, la actividad desplegada por estos departamentos se consideraba como un simple trabajo de coordinación, en el que los abogados vinculados a esta división, eran un mero canal de comunicación entre la dirección de la compañía y las grandes firmas, que se ocupaban de las cuestiones jurídicas relevantes. Estos abogados eran generalmente aquellos que no eran elegidos en el concurso de la firma tipo *Cravath*, y que por tanto no tenían las competencias jurídicas suficientes para pertenecer a ellas. La expansión de la gran compañía multinacional en la década de los ochenta significa un cambio de fortuna para los abogados que conforman estas divisiones. En consecuencia, los departamentos jurídicos de estas organizaciones se

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 130.

²⁵¹ *The Economist*, mayo 5 de 2011.

transforman, y se convierten en un centro vital de toma de decisiones para la compañía correspondiente, se disponen como un bufete jurídico interno de la organización, y a partir de allí exigen un mejor servicio por parte de las firmas que han seleccionado, y son altamente selectivos en los servicios que contratan con éstas. De igual forma, se da una transformación en la relación de las compañías multinacionales con las firmas globales, pues aquellas se convierten en clientes más exigentes, que buscan maximizar beneficios. Con ello, se abre la competencia entre las firmas para hacerse con los clientes que tradicionalmente han estado atados a la competencia, pues dichos clientes dejan atrás una relación paternalista y asumen una relación pragmática y utilitarista.

Con base a las categorías desarrolladas por Galanter y Palay, el profesor Daniel D. Sokol propone seis modalidades por medio de las cuales las firmas de abogados pueden llevar a cabo una expansión global. La presentación que elabora Sokol tiene como fundamento la forma en la cual se organiza internamente la firma. Es interesante resaltar que dicho autor advierte que la expansión global de la firma, no supone necesariamente una mayor rentabilidad económica, al menos en lo que atinente a las firmas estadounidenses.

El primer tipo de expansión se da bajo la estructura del denominado “círculo de elite”²⁵² que reúne a las grandes firmas de Nueva York. Estos bufetes tienen como clientes a la banca de Wall Street y a las grandes multinacionales estadounidenses. A pesar de que por la actividad de sus clientes su actividad es global, su expansión geográfica no es muy amplia, debido a la necesidad de mantener un alto nivel de utilidades por socio; los costes que implicaría en un primer estadio una operación plenamente global, supondrían el sacrificio de unos beneficios, que los socios no están, en el corto plazo, dispuestos a

²⁵² SOKOL, D. Daniel (2007), “Globalization of Law Firms”, *Indiana Journal of Global Legal Studies* (V. 14, No. 1), p. 15.

sacrificar. El cuadro 2 ofrece un panorama de estos bufetes.

Cuadro 2. “Círculo de elite”²⁵³

	No. de oficinas	No. de abogados	No. de países
Skadden	23	1859	13
DLA Piper	76	4200	30
Latham & Watkins	31	1931	14
Hogan Lovells	43	2363	21
Kirkland & Ellis	10	1379	4
Jones Day	35	2502	18
Sidley Austin	17	1538	9
White & Case	37	1814	25
Greenberg Traurig	34	1721	5
Weil, Gotshal & Manges	20	1152	9

Cuadro: adaptación de *The American Lawyer*.²⁵⁴

²⁵³ Ordenadas por ingreso bruto.

²⁵⁴ “The Am Law 100 2011”, *The American Lawyer*, <http://www.law.com/jsp/tal/PubArticleTAL.jsp?id=1202489360193> (última consulta 21 de marzo de 2013). Skadden, <http://www.skadden.com/Index.cfm?contentID=5> (última consulta 21 de marzo de 2013); DLA Piper, <http://www.dlapiper.com/global/about/facts/> (última consulta 21 de marzo de 2013); Latham & Watkins, <http://www.lw.com/AboutUs/AnnualReview> (última consulta 21 de marzo de 2013); Hogan Lovells, <http://www.hoganlovells.com/aboutus/overview/> (última consulta 21 de marzo de 2013); Kirkland & Ellis, <http://www.kirkland.com/sitecontent.cfm?contentID=233> (última consulta 21 de

La segunda modalidad es la de las alianzas, que es el trabajo de coordinación de redes y corresponsalías de diversas firmas sin llevar a cabo una fusión formal. Con esta opción se busca la expansión de los despachos, sin incurrir o bien en los costes de abrir oficinas en el extranjero o en el proceso de fusión interfirmas. Las alianzas tienen el inconveniente de la gestión de la coordinación que significa que los clientes encuentren el mismo nivel y estándar de servicio a lo largo del planeta. Quizá el ejemplo más significativo de este tipo de firmas es el modelo desarrollado desde los años cincuenta por Baker & McKenzie de los Estados Unidos, que adoptó un esquema similar al de las franquicias, lo que le permite tener una presencia en 41 Estados, 69 oficinas y 3800 abogados²⁵⁵.

El “círculo mágico”²⁵⁶ se refiere a la tercera categoría y comprende las grandes oficinas de abogados de la *City* de Londres. Estos despachos tienen alcance global, pero con la excepción de Clifford Chance²⁵⁷ no tienen una presencia significativa en los Estados Unidos. Esto conduce a que en ocasiones su trabajo sea conjunto con el “círculo de elite”, pero no implica que se fusione su actividad con la de ellas; se da una especie de red entre los dos círculos, pero esta relación es en cierto sentido asimétrica, pues no facilita el acceso al mercado jurídico estadounidense, pero sí que abre el

marzo de 2013); Jones Day, <http://www.jonesday.com/offices2/locations.aspx> (última consulta 21 de marzo de 2013); Sidley Austin, <http://www.sidley.com/> (última consulta 21 de marzo de 2013); White & Case, http://www.whitecase.com/files/FileControl/d5f6d65e-4d0f-43e8-a07d-f49aa917d8cf/Presentation/File/Firm_Brochure_White_Case.pdf (última consulta 21 de marzo de 2013); Greenberg Traurig, <http://www.gtlaw.com/AboutUs/ChooseOurLocations> (última consulta 21 de marzo de 2013); Weil, Gotshal & Manges, <http://www.weil.com/locations/> (última consulta 21 de marzo de 2013).

²⁵⁵ Baker & Mackenzie, <http://www.bakermckenzie.com/aboutus/> (última consulta 24 de marzo de 2013).

²⁵⁶ Incluye a las siguientes firmas: Allen & Overy, Clifford Chance, Freshfields, Linklaters y Slaughter & May.

²⁵⁷ “Homebodies Rule. Globalisation slows profit grow for many law firms”, *The Economist*, 15 de octubre de 2011.

mercado global a las firmas de dicho país. El cuadro 3 presenta las firmas de este grupo.

Cuadro 3. “Círculo mágico”

	No. de oficinas	No. de abogados	No. de países
Allen & Overy	36	2092	26
Clifford Chance	33	3200	23
Freshfields, Bruckhaus, Deringer	27	2400	16
Linklaters	26	2165	19
Slaughter & May²⁵⁸	4	730	4

Cuadro de elaboración propia, con base en los informes anuales de dichas compañías.²⁵⁹

Los aspirantes al “círculo de elite” conforman el cuarto tipo de firmas globales de abogados que identifica Sokol y comprende a aquellas firmas estadounidenses que no forman parte de dicho círculo. Generalmente incluye a grandes firmas, que o bien no se originan en Nueva York, o que siendo de

²⁵⁸ A diferencia de las otras firmas del “círculo mágico”, Slaughter & May trabaja por medio de alianzas con otras firmas a lo largo del planeta.

²⁵⁹ Allen & Overy (2010), *Annual Review 2010*, Londres: Allen & Overy LLP. Clifford Chance (2010), *Annual Review*, Londres: Clifford Chance LLP. Freshfields Bruckhaus Deringer (2010), *Corporate Social Responsibility Report*, Londres: Freshfields Bruckhaus Deringer LLP. Linklaters (2010), *Corporate Responsibility Executive Summary*, Londres: Linklaters LLP. Slaughter & May, <http://www.slaughterandmay.com/who-we-are/key-facts-and-figures.aspx> (última consulta 24 de marzo de 2013).

esta ciudad sus relaciones con Wall Street son menos estrechas y por tanto tienen un mayor nivel de competencia para conseguir nuevos clientes. Este tipo de firmas también incorpora a las que desarrollan labores de cabildeo en Washington frente al gobierno y el Congreso de los Estados Unidos. Es importante resaltar que quienes las contratan para esta última labor no son solamente compañías o clientes empresariales, sino también individuos y gobiernos de otros Estados. Estos bufetes tienden a expandirse más decididamente al extranjero que los del “círculo de elite”. De igual forma pueden contener a los despachos continentales europeos, principalmente firmas alemanas y españolas cuya fortaleza es el Derecho Comunitario Europeo y que se expanden, según las necesidades de sus clientes, a Europa del Este, Asia, Medio Oriente y América Latina.

Las firmas del quinto nivel son las oficinas estadounidenses que tienen despachos distribuidos en los Estados Unidos y con algún nivel de representación en el extranjero, motivados principalmente por los intereses de sus clientes. Sokol no las menciona, pero es posible identificar en esta categoría a las firmas que se dedican a la asesoría intraeuropea. En este tipo de bufetes el grado de internacionalización es mayor pero se regionaliza en el espacio del derecho europeo y del mercado común.

Por último están las firmas profesionales multidisciplinarias, como las grandes compañías de auditoría contable. Éstas tienen la ventaja de contar con una infraestructura global ya consolidada. Este tipo de asesoría que comienza a consolidarse a partir del *New Deal* estadounidense y se edifica sobre la base de una estrecha relación con los negocios a los cuales las auditoras les prestan servicios financieros y contables en un inicio. A diferencia del mundo de elite que representan las grandes firmas de abogados, las compañías profesionales multidisciplinarias buscan una relación más estrecha con sus clientes en el campo de los negocios de éstos, pasando de ser un simple auditor a un consejero de estrategia y de

negocios²⁶⁰. Estas oficinas tienen una estructura mucho más global y flexible que las grandes firmas de abogados y por tanto han implementado un departamento jurídico que busca utilizar su infraestructura y competir con el modelo *Cravath* en particular con el “círculo de elite” y el “círculo mágico”. Como se indicó el colapso de compañía de energía Enron supuso un freno a este modelo de expansión.

En consecuencia, se identifican una serie de características que modelan la firma multinacional de abogados. La primera característica es el crecimiento constante del despacho; pues al adoptar un esquema de asociación continuo propio del modelo estadounidense, la firma garantiza que tiene el personal profesional suficiente para satisfacer las necesidades de sus usuarios, y al mismo tiempo el despacho tiene la exigencia de buscar nuevos clientes y nuevos negocios para soportar económicamente dicho crecimiento. Las condiciones económicas globales determinarán el grado de desarrollo o de freno de dicho incremento en un momento dado, pero las características propias de la economía global posibilitan la permanencia de la gran firma como un factor necesario en el desarrollo de los negocios y la definición de políticas en el ámbito global.

El crecimiento por vía de la asociación también se redefine a partir de la necesidad de expansión global. En el desarrollo de nuevos negocios las firmas identifican que es oportuno deslocalizar su actividad y desplegar su actuar a lo largo del planeta. Para ello identifican que por medio de la expansión directa, esto es, abriendo oficinas en diversos lugares, es la mejor forma de lograr la globalización del bufete. Para ello pueden optar por tres tipos de estrategia: (1) desplazar a algunos de sus asociados a los lugares a los cuales abrirán nuevos despachos; (2) contratar nuevos abogados locales, generalmente con estudios en el ámbito del *common law*, en particular un

²⁶⁰ DEZALAY, Yves & GARTH, Bryant G. (2004), “The Confrontation between the Big Five and Big Law: Turf Battles and Ethical Debates as Contests for Professional Credibility”, *Law & Social Inquiry* (V. 29, No. 4), p. 628.

LL.M.²⁶¹ en los Estados Unidos, para que sean estos los que se encarguen de dar inicio a la operación en sus lugares de origen; y, (3) adquirir por medio de la compra o de la fusión una firma local de prestigio, y con ello disfrutar del acceso a su portafolio de clientes y a su reputación en dicho mercado. En este proceso de acceder a nuevos mercados las firmas británicas del “círculo mágico” son más agresivas que las firmas estadounidenses, pues éstas se soportan en su estrecha relación con Wall Street, lo cual en cierto modo las inhibe de expandirse más allá de ese ámbito. A pesar que los colegios de abogados en general adoptan una postura favorable a la internacionalización de los negocios, son bastante celosos de la presencia de firmas extranjeras en su propio terreno. De allí que en algunas jurisdicciones establezcan barreras para que abogados extranjeros presten servicios jurídicos en su territorio, como es el caso de la India o lo que pretende seguirse en Brasil²⁶².

La segunda característica supone los cambios en las relaciones con los clientes. Estos últimos han dejado atrás la relación de largo plazo con una única firma y toman una orientación fundada en costes. De esta manera se incrementa la competencia entre grandes firmas por captar los mejores clientes, lo que las lleva a ampliar la oferta de servicios jurídicos y su ámbito geográfico de trabajo. Por otra parte ciertas compañías inducen los procesos de subcontratación de servicios jurídicos de rutina a lugares en los que sea más económica su prestación y no suponga una reducción de la calidad. A su vez los departamentos jurídicos de las grandes compañías multinacionales han crecido en tamaño y responsabilidades, y es por ello que se convierten en una competencia para las firmas globales, ya que al contar con un mejor equipo de trabajo, requerirán de menos servicios externos, lo que afecta la

²⁶¹ LL.M. por *master of laws*, American Bar Association en http://www.americanbar.org/groups/legal_education/resources/llm-degrees_post_j_d_non_j_d.html, (última consulta 24 de marzo de 2013).

²⁶² *The Economist*, 23 de junio de 2011, disponible en <http://www.economist.com/node/18867851>, (última consulta 24 de marzo de 2013).

facturación de los despachos. Finalmente, muchas firmas responden a un nuevo tipo de cliente, aquel al que le interesa la gestión jurídica destinada al cambio, reforma o eliminación de regulaciones existentes.

Una tercera característica es el mayor nivel de competencia que se genera entre las oficinas globales de abogados, así como de las relaciones de estas con los departamentos jurídicos de las compañías que asesoran, las cuales buscan obtener el mejor precio por los servicios profesionales prestados. Esta nueva configuración de la búsqueda de nuevos negocios y clientes significa un replanteamiento de la labor profesional de los abogados en el lenguaje de los negocios. Por tanto las firmas se convierten en compañías de servicios profesionales, dejando atrás la imagen de bufetes señoriales en los que imperaba la jerarquía y la tradición.

La promoción interna de colaborador a socio es una clara manifestación de dicha característica, pues quien es promovido deberá demostrar su valía tanto en el ámbito jurídico como en la faceta de los negocios que puede desarrollar para la firma. Una consecuencia del mayor nivel de competencia es la pugna por atraer socios de otros despachos, y con ellos los clientes que tienen una relación estrecha con ellos. La remuneración de cada socio dependerá del volumen y del significado económico de los clientes y de los negocios que atraiga para la firma. Se deja atrás, por tanto, los esquemas de remuneración basados en la jerarquía y en la antigüedad.

Las fusiones entre oficinas de abogados se convierten en la norma de la operación jurídica. La integración empresarial de diversos despachos se da por la necesidad de expandir sus mercados, por internacionalizarse, o para no desaparecer y, competir por ser el actor más grande del mercado. Acciones como la expansión de Clifford Chance a los Estados Unidos se dio por esta vía, y la transformación de Freshfields-Bruckhaus-Deringer en una organización global, por medio de una macro fusión de despachos en el Reino Unido, Alemania y Austria, son un claro ejemplo de ello. La división y

disolución de firmas también es consecuencia de este fenómeno, que se agudiza por las fluctuaciones de las crisis económicas globales. De esta manera, las oficinas globales de abogados son más fuertes en la medida que llevan cabo un proceso de expansión global, pero de forma simultánea son vulnerables, pues estos procesos pueden o bien conducir a la partida de sus socios más valiosos, o bien posibilitar el incremento de conflictos internos entre los nuevos socios por la lucha del poder dentro de la firma.

Una última característica es la contratación de personal no jurídico o parajurídico. Al crecer la complejidad de la estructura organizativa de las oficinas de abogados, al convertirse en entes globales y al considerar su objeto como un negocio, es necesario desarrollar una burocracia empresarial y administrativa para el logro de dicho objetivo. Por tanto, la firma global de abogados deja de ser el espacio tradicional en el que unos profesionales ejercen una determinada vocación y se transforma en un ente empresarial, en el que prima la rentabilidad y el cumplimiento de objetivos económicos.

La firma global de abogados se caracteriza por su complejidad y adaptabilidad al entorno de la economía global. La adopción de un esquema organizativo propio de la firma *Cravath* estadounidense le permite asumir la defensa activa de los intereses de sus clientes en los diferentes campos en los que éstos requieran sus servicios. La interconexión contemporánea en los ámbitos de la comunicación, la tecnología y el transporte posibilita su expansión a los centros financieros y de negocios a nivel global. La relación con sus clientes, su creciente globalización y la interacción interna entre sus abogados genera que las firmas se comporten como entes que gozan de autoridad derivada del saber que ostentan y aplican. Su carácter global se refleja no en la expansión geográfica de sus oficinas, sino en el actuar que dentro de diversos espacios de toma de decisiones ejercen sus abogados.

3.2.1. El “círculo mágico”

El “círculo mágico” se presenta como el conjunto de despachos que adopta

una estructura más acorde con la globalización económica. Esto se debe a dos factores: el primero se relaciona con su herencia colonial, lo cual le permite trascender sin mayores traumas fronteras y ordenamientos jurídicos y con ello adaptarse a las circunstancias y condiciones locales. La segunda se refiere al hecho que la vinculación tardía del Reino Unido a la Unión Europea supuso que las firmas británicas abordaran el Derecho Comunitario Europeo en una fase intermedia de su desarrollo. Tal situación exige a dichos bufetes planear una estrategia basada en la fusión y adquisición de firmas domiciliadas en el territorio continental europeo, situación que les permite desde un momento temprano adoptar una estructura organizativa flexible que facilita su adaptación a la deslocalización propia de la globalización (en particular la económica de final de siglo XX).

La información que proveen estas firmas permite confirmar el marcado carácter global de las firmas que componen el denominado “círculo mágico”. Como se indicó en el cuadro número dos, el “círculo mágico” se compone de cinco firmas con origen y domicilio principal en la ciudad de Londres, Reino Unido. En primer lugar²⁶³ está la firma Allen & Overy, que fue fundada en los años treinta del siglo XX, y desde la década de los años setenta tiene presencia en Oriente Próximo, en Dubái (Emiratos Árabes Unidos). Su expansión global le posibilita que sus clientes utilicen los 36 despachos que tiene localizados en 26 Estados a lo largo del planeta²⁶⁴. De acuerdo con su informe anual 2011 el 30% de su plantilla de abogados se encuentra destinada a Europa, el 13% en Asia, el 7% en Europa del Este, el 6% en los Estados Unidos y el 3% restante en el Medio Oriente. Cuenta con 487 socios, 1624 abogados asociados y 528 becarios. Ofrecen servicios en 14

²⁶³ La enumeración se hace por orden alfabético.

²⁶⁴ Es importante aclarar que cuando se menciona global se referencia los centros globales de negocios, principalmente Estados Unidos, Europa, Asia-Pacífico y en menor medida América Latina, India y Asia Central y el Medio Oriente. El continente africano se encuentra marginado y su contacto se da principalmente a través de Londres y París.

áreas de práctica y una especialización en siete sectores económicos que comprenden: ciencias de la vida (biociencia y farmacéuticas), energía y servicios públicos, hoteles y descanso, industria del juego, infraestructuras, instituciones financieras, y por último telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnología.

A su vez, en segundo lugar, Clifford Chance, es el despacho del “círculo mágico” que cuenta con una mayor presencia en los Estados Unidos, debido a la adquisición que hizo en el año 2000 de la firma estadounidense Rogers & Wells²⁶⁵. De acuerdo con la información que brindan en su informe anual de 2010, 48 de sus mejores 50 clientes utilizan los servicios de más de diez oficinas de la firma y 36 emplean los de más de 20 oficinas. Estos despachos se localizan en 23 Estados y comprenden 33 oficinas que se distribuyen en Oceanía, América Latina, Asia, Europa, Medio Oriente, Estados Unidos y planean para finales de 2011 inaugurar su primer despacho en África. De acuerdo con su informe anual ²⁶⁶, entre sus clientes se encuentran multinacionales estadounidenses como: Kraft Foods, GE Capital, Oracle, Pfizer/Wyeth. También algunas compañías europeas son sus clientes, como Deutsche Telekom, EADS, E.On, International Airlines Group (British Airways/Iberia), Inmobiliaria Colonia, Natixis, Royal Bank of Scotland, Shell, Volkswagen. Además compañías provenientes de los mercados emergentes, algunas de ellas empresas estatales como el Commercial International Bank de Egipto; a Ausnutria, China Resources Cement, Wynn Macau, Yingde Gases todos ellos de la R. P. China; y a Rosneft de la R.F. Rusa. Igualmente presta servicios jurídicos a Estados como la República Popular de Laos.

Por su parte, en tercer lugar, Freshfields, Bruckhaus & Deringer se compone

²⁶⁵ CLIFFORD CHANCE (2012), *Our Story* disponible en http://www.cliffordchance.com/about_us/our_story.html (última consulta 24 de marzo de 2013).

²⁶⁶ CLIFFORD CHANCE (2010), *Annual Review 2010*, Londres: Clifford Chance, pp. 1 – 32.

por una plantilla de 2400 abogados, distribuidos en 16 Estados y 27 oficinas. Su práctica se concentra en 13 sectores que son: administración fiduciaria, de patrimonios y capital de riesgo, automotores, banca y finanzas, clientes particulares, energía y recursos naturales, entretenimiento, farmacéuticas, infraestructuras y transporte, manufacturas, bienes inmuebles, químicos, telecomunicaciones y tecnología y venta al por menor (grandes superficies). Estos sectores se distribuyen en ocho áreas de práctica: derecho de la competencia, derecho societario, derecho inmobiliario, derecho de la propiedad intelectual, derecho del trabajo, finanzas, fiscalidad y por último, solución de controversias y litigio²⁶⁷. Según la relación de los campos de trabajo que narra la firma, se da la impresión que sus actividades son menores que las atrás mencionadas. Sin embargo, si se estudia con detenimiento la información suministrada se concluye que Freshfields es una de las firmas más polifacéticas del “círculo mágico”. Por una parte es un despacho que tiene relaciones estrechas con Wall Street, y por la otra esta firma es líder en el arbitraje internacional, tanto comercial, como de inversiones, lo cual la convierte en candidata ideal para que sus abogados sean elegidos como abogados de compañías y gobiernos y que, además, sean designados como árbitros.

La cuarta firma que compone el “círculo mágico” es Linklaters. Este despacho se organiza en 26 oficinas distribuidas en 19 Estados y agrupa a 2200 abogados, de los cuales 480 son socios de la misma. Estos despachos se encuentran en Estados Unidos, América Latina, Europa, Rusia, Asia, Medio Oriente y como particularidad tiene presencia en Asia Central en las antiguas repúblicas soviéticas. Su actividad se centra en derecho societario, en finanzas y proyectos y en la práctica comercial. En el ámbito de derecho de sociedades su especialidad comprende fusiones y adquisiciones empresariales, la celebración de *joint ventures* y de otros contratos de

²⁶⁷ FRESHFIELDS (2012), *Practices*, disponible en <http://www.freshfields.com/practices/> (última consulta 25 de marzo de 2013).

colaboración entre compañías, también se ocupa de las ampliaciones de capital, de los asuntos de derecho de la competencia y en los aspectos laborales y de seguridad social. En cuanto a las finanzas la firma se especializa en la estructuración financiera y corporativa de proyectos; dicha actividad le facilita captar a bancos, y a inversores públicos y privados como clientes. Su vinculación con la planeación de proyectos de distinto tipo le permite construir una relación de consultoría con organizaciones internacionales de financiación pública como el Grupo Banco Mundial y los bancos regionales de desarrollo. Finalmente²⁶⁸, la firma también lleva a cabo las actividades tradicionales de un despacho de abogados, tales como derecho inmobiliario, derecho de la propiedad intelectual, derecho tributario, derecho de las telecomunicaciones, entre otros. Según el informe anual de la firma el 70% de su trabajo involucra actividad internacional, lo cual ratifica su carácter de despacho global.

La última firma del “círculo mágico” es Slaughter & May, la cual adopta un modelo de expansión diferente. Este despacho que se compone de 730 abogados, solo tiene despachos en cuatro ciudades, de dos continentes: Londres, Bruselas, Hong Kong y Beijing. Su estrategia de expansión global se da por medio de alianzas y asociaciones con firmas de reconocido prestigio en aquellos mercados que son del interés tanto de Slaughter & May, como de sus clientes; las uniones con dichos despachos los denominan en inglés *best friends relationships*. El interés de Slaughter & May con esta modalidad de expansión es la creación de equipos integrados de trabajo (*integrated teams*), los cuales se conectan en razón del área de práctica o del problema que requiera el cliente correspondiente, por tanto estas relaciones podrán tener bien un carácter permanente, o bien ser ad hoc. Estas oficinas con las que se asocia Slaughter & May se localizan en Ámsterdam, Auckland, Dubai, Estocolmo,

²⁶⁸ LINKLATERS (2012), *About our business*, disponible en <http://www.linklaters.com/WhoWeAre/AboutUs/Pages/Aboutourbusiness.aspx> (última consulta 25 de marzo de 2013).

Frankfurt, Helsinki, Madrid, Milán, Mumbai, Múnich, Nueva York, Oslo, París, y Sidney. De esta forma su trabajo en Francia se coordina con Bredin Prat, en Italia con Bonelli Eredi Pappalardo, con Hengeller Mueller en Alemania, y con Uría Menéndez en España y Latinoamérica, entre otros. Por dicha vía Slaughter & May afirma la globalidad de su trabajo.

Sus áreas de práctica son muy específicas y abarcan un total de 20 campos de práctica, que engloban 17 sectores industriales. Esta diversificación le permite dirigir su oferta de servicios a aquellos clientes que en el desarrollo de sus negocios tienen una actividad altamente globalizada, lo cual deja entrever que un número importante de estos son compañías multinacionales. Las cuales, junto con los distintos entes del orden gubernamental, se convierten en los clientes objetivos de las firmas globales y en particular del “círculo mágico”.

3.2.2. El “círculo de elite”

Las firmas estadounidenses a su vez replican la actividad que llevan a cabo en su Estado de origen y por tanto son más prolíficas a la hora de promocionar las áreas en que ofrecen sus servicios. Estas en ocasiones trascienden los ámbitos instrumentales en los que se compartimenta la práctica jurídica e incluyen la posibilidad de concentrarse en un país o zona geográfica.

Del cuadro uno se selecciona las cinco oficinas con mayor presencia internacional. En primer lugar está DLA Piper, firma que es el resultado de una mega fusión en el año 2005. Cuenta con 76 despachos en 30 Estados, además de tener una presencia directa desarrolla una serie de alianzas con firmas en mercados clave para su desarrollo. Su oficinas se concentran principalmente en los Estados Unidos con más de 20 despachos, en Europa con más de 28 despachos, en Asia Pacífico con 11 despachos y en el Medio Oriente con 8 despachos²⁶⁹. A su vez, en aquellos mercados que les

²⁶⁹ DLA PIPER (2012), *Facts and figures*, disponible en

representan interés desarrollan alianzas como lo manifiestan expresamente respecto de Brasil y de Turquía. En cuanto a los sectores en que se enfoca se agrupan de una forma similar a Allen & Overy, con énfasis en energía, hoteles y descanso, ciencias de la vida, deporte y entretenimiento, salud, seguros y sorprendentemente excluye finanzas. En cuanto a las áreas de práctica se aprecia una visión más estadounidense en cuanto a que se detallan públicamente con mayor precisión, entre ellas se encuentran antitrust y derecho de la competencia en la Unión Europea, arbitraje internacional, comercio internacional, contratos mercantiles, construcción, derecho penal de la empresa, financiero, fiscalidad, infraestructura y proyecto, laboral y seguridad social, litigio y arbitraje, propiedad intelectual, propiedad raíz, regulación, responsabilidad por producto defectuoso, restructuración empresarial, sociedades, y por último tecnología y medios de comunicación.

White & Case, fundada en 1901, contrata a 1814 abogados en 37 despachos distribuidos en 25 Estados. Los sectores a los cuales orienta su actividad de servicios son la administración de fondos, construcción, energía, farmacéuticas y salud, medio ambiente, medios de comunicación, minería y metalurgia, petróleo y gas, tecnología y servicios de tercerización. En cuanto a las área de trabajo²⁷⁰ se aprecia que incluye especialidades por Estados, esto es además de ofrecer servicios en las áreas propias de la actividad jurídica también los oferta como conocimiento de un país en particular, así se especializa en Canadá, Corea del Sur, India, Indonesia, Israel, España y Latinoamérica. A esto se suman ámbitos como administración de activos, administración de datos, información y privacidad, arbitraje internacional, banca, clientes particulares, clientes estatales, comercio internacional, derecho de la competencia, derecho penal de la empresa, estructuración financiera de proyectos (*project finance*), fiscalidad, fondos soberanos de

<http://www.dlapiper.com/global/about/facts/> (última consulta 25 de marzo de 2013).

²⁷⁰ WHITE & CASE (2012), *Practices*, disponible en <http://www.whitecase.com/practices/> (última consulta 25 de marzo de 2013).

inversión, función social (*pro bono*), fusiones y adquisiciones, mercados de capitales, cambio climático litigio comercial, derecho laboral y de la seguridad social, propiedad intelectual, propiedad raíz, reestructuración empresarial. Es posible apreciar que esta firma se orienta a tanto a las grandes compañías multinacionales como a los gobiernos, cuando indica que en su rango de acción están tanto los gobiernos (que los denomina *sovereigns*), como a los fondos soberanos de inversión, cuyos titulares son estos últimos; también se agrupa a temas globales, que no son propiamente áreas de práctica jurídica, sino multidisciplinar como cambio climático, mercados de capitales o la estructuración financiera de proyectos. En tal sentido es posible identificar una clara actividad multipráctica, y fuertemente globalizada.

Por su parte Hogan Lovels se consolida como gran firma global gracias a una fusión en 2010 entre el bufete estadounidense Hogan & Hartson, fundado en 1904, y el europeo Lovels, constituido en 1899. Su práctica internacional la estructura por medio de oficinas directas y también a través de alianzas estratégicas. Para el efecto cuenta con 43 oficinas en 21 Estados y con alianzas estratégicas en Arabia Saudí, Croacia, Hungría y Mongolia; además impulsa la alianza de la cuenca del Pacífico que comprende despachos de Asia, de América Latina, de Australia y de los Estados Unidos. Su áreas de práctica las engloba en tres grandes temas: corporativo, financiero y regional, y en cuanto a los sectores a los que se orientan sus servicios comprende automotores, ciencias de la vida y salud, deporte y entretenimiento, educación, energía y recursos naturales, industria aeroespacial de defensa y servicios gubernamentales, industria general, industria orientada al consumidor, infraestructura, propiedad raíz, tecnología medios y entretenimiento y finalmente transporte. Al igual que las anteriores firmas es etérea al momento de identificar en detalle sus clientes, y prefiere referenciar que estos se encuentran dentro de ciertos rankings internacionales de compañías o identifica los negocios en los que ha intervenido de forma protagónica.

Jones Day es también el fruto de una fusión en la cual la firma original remonta sus orígenes a finales del siglo XIX. Cuenta con 35 despachos en 21 Estados y emplea a 2502 abogados. Divide en dos grupos sus áreas de práctica, por una parte engloba las tradicionales, y por la otra parte etiqueta a las que denomina transdisciplinarias (*cross-practice*). En las primeras se encuentra administración de patrimonios, antitrust y de derecho de la competencia, banca y finanzas, beneficios laborales y remuneración de directivos, derecho laboral, derecho penal económico, energía, fiscalidad, fusiones y adquisiciones, litigio estratégico, medio ambiente y salud, mercados de capitales, mercado de valores, propiedad intelectual, propiedad raíz, reestructuración y reorganización empresaria, regulación y litigio financiero, regulación, responsabilidad por producto defectuoso y daño, sanidad, y finalmente seguros. En las segundas se identifican administración de datos, África, códigos de conducta, ciencias de la vida, equipo financiero de crisis, Florida, franquicias, países nórdicos, *outsourcing* y por último pruebas electrónicas; llama la atención que ciertas zonas geográficas son tratadas como un área de práctica. A diferencia de las otras firmas estadounidenses es explícita en mencionar sus clientes²⁷¹, en los que se enumera un número significativo de compañías multinacionales.

La quinta firma por número de despachos es Latham & Watkins. Esta tiene un origen posterior a las anteriores pues se constituye en 1934, y es originaria de la costa oeste de los Estados Unidos, de la ciudad de Los Ángeles. A comienzos de la década de los setenta da inicio a su expansión global y ya en los noventa inauguraba su primera oficina en Asia, para alcanzar un total de 31 despachos en 14 Estados en la actualidad²⁷². En cuanto a las áreas de

²⁷¹ JONES DAY (2012), *Our clients*, disponible en <http://www.jonesday.com/principlesandvalues/clientlist/> (última consulta 25 de marzo de 2013).

²⁷² LATHAM & WATKINS (2011), *Annual Review*, disponible en <http://www.lw.com/AboutUs/AnnualReview> (última consulta 25 de marzo de 2013).

práctica identifica por una parte departamentos en los que incluye corporativo y societario, financiero, fiscalidad litigio, y medio ambiente, recursos y tierras. Por la otra parte fija un amplio número de prácticas específicas que comprenden tanto las áreas tradicionales, como regionales. En cuanto a las industrias en las que se especializa, identifica 16 sectores, los cuales son: automotriz, ciencias de la vida, comunicaciones, energía: electricidad, energía: petróleo y gas, industria aeroespacial defensa y servicios gubernamentales, instituciones financieras, internet y medios digitales, minería y metalurgia, propiedad raíz, salud y prestadores de salud, sector hotelero juego y entretenimiento, semiconductores, tecnologías de la información: hardware – software y servicios, y en última lugar tecnologías limpias. En cada uno de ellos identifica los clientes que representa.

A pesar de no estar referenciada como una de las firmas con mayores ingresos por socio, y por ello no figurar en el cuadro No. 2, el bufete global por excelencia es Baker & McKenzie. Este despacho establecido en 1949 es uno de los primeros²⁷³ en abordar seriamente su globalización desde la segunda mitad del siglo XX. En la actualidad cuenta con 70 oficinas en 43 Estados para un total de 1350 socios y 3800 abogados²⁷⁴. En 1959 inauguraron su primer despacho por fuera de los Estados Unidos en Caracas, Venezuela, y la última, a la fecha, en Doha, Qatar, en 2011. Esta firma presenta una decidida internacionalización desde su fundación, siendo la primera oficina estadounidense en abrir un despacho en Bruselas con posterioridad a la suscripción del tratado de Roma. Su rango de socios es

²⁷³ La primera firma con proyección internacional de los Estados Unidos fue Coudert Brothers, que en 1879 abrió un despacho en París y fue la primera estadounidense en abrirlo en Londres, Singapur y Moscú. La firma se disolvió en 2006 al no tener una estructura organizacional capaz de competir financieramente con el “círculo de elite”. *Vid.* “Law Firm That Opened Borders is Closing Up Shop”, *The New York Times*, 30 de agosto de 2005, disponible en: <http://www.nytimes.com/2005/08/30/business/30law.html?sq=coudert%20brothers&st=nyt&scp=1&pagewanted=all> (última consulta 25 de marzo de 2013).

²⁷⁴ BAKER & MCKENZIE (2012), *Firm Facts*, disponible en <http://www.bakermckenzie.com/firmfacts/> (última consulta 25 de marzo de 2013).

global y es dirigida por nacionales de países diferentes a los Estados Unidos, su actual presidente es Eduardo Leite²⁷⁵ de Brasil y entre sus antecesores se encuentra Christine Lagarde actual Directora del Fondo Monetario Internacional²⁷⁶. El modelo de Baker & McKenzie ha sido criticado por algunos miembros del “círculo de elite”, por una supuesta *McDonalización*²⁷⁷ de la profesión jurídica, sin embargo, es la modalidad que representa un mayor nivel globalización de una firma de abogados. Dicha estructura le ha posibilitado contar con distintos tipos de clientes a lo largo del planeta y de participar en procesos y proyectos que involucren distintos tipos de cultura jurídica. A diferencia de las grandes firmas del “círculo de elite”, Baker & McKenzie promueve activamente la participación de abogados extranjeros como socios de la firma, lo cual es una excepción al patrón que Carol Silver identifica en relación con los despachos estadounidenses²⁷⁸. En todo caso tal promoción tiene un costo asociado y es el de un menor ingreso por socio, que el de las firmas del mencionado Círculo.

Si bien las oficinas estadounidenses han sido tradicionalmente reticentes a expandirse siguiendo el patrón de Baker & McKenzie, el impulso y la fuerza de la globalización económica las conduce a adoptar estrategias de globalizar su presencia en distintas jurisdicciones. Como se aprecia en las características de las cinco firmas expuestas todas ellas manifiestan su intención o su capacidad de ofrecer servicios jurídicos a lo largo del planeta y la globalidad es por tanto una de sus características. Las firmas globales de abogados tienden a parecerse cada vez más a los clientes que representan, esto es a las compañías multinacionales.

²⁷⁵ “Empresas y Sectores. Eduardo Leite, presidente de Baker & McKenzie”, *El País Negocios* (21 de agosto de 2011), p. 10.

²⁷⁶ IMF (2011), *Christine Lagarde*, disponible en <http://www.imf.org/external/np/omd/bios/cl.htm> (última consulta 25 de marzo de 2011).

²⁷⁷ SILVER, Carol. (2007), *Op. Cit.*, p. 87.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 86.

3.3. Las firmas de abogados como manifestación de la autoridad privada

La función del abogado de una firma global de abogados se encuadra dentro de cuatro tipos de tareas que posibilitan que en un momento dado los letrados sean considerados una autoridad. En primer lugar el ejercicio de una abogacía creativa; en segundo lugar desarrollar el concepto de empresario jurídico o ingeniero del derecho; en tercer lugar posicionarse como el administrador o gerente de la incertidumbre; y por último, en cuarto lugar, posicionarse como un gestor de los costes de transacción²⁷⁹.

Las oficinas globales de abogados buscan satisfacer la expectativas cognitivas de sus clientes, esto es que el despacho esté en la capacidad de brindar soluciones a las estrategias de negocio que las compañías que los contratan quieran llevar a cabo. Por el tipo de cliente de la firma, en su mayor parte compañías multinacionales y banca internacional, las herramientas y soluciones que elaboran los despachos de abogados se deben articular en una dimensión transnacional. Por tanto los despachos globales deben diseñar herramientas y estrategias jurídicas flexibles y adaptables a cualquier lugar del planeta, lo cual realizan por vía del desarrollo y de la administración de expectativas del orden normativo²⁸⁰, esto es por medio del *soft law* y de la moderna *lex mercatoria*. El tránsito de la práctica jurídica de lo local a lo global genera un amplio espectro de incertidumbre, que este tipo de firmas están dispuestas a eliminar, y para ello deben ser reconocidas como las autoridades que se encargan de dar una solución a este problema de gestión en el ámbito de lo global. Esta incertidumbre se explica por la pluralidad y lo fragmentario del sistema internacional y en particular la normatividad aplicable a los

²⁷⁹ FLOOD, John & SOSA, Fabian P. (2008), “Lawyers, Law Firms and the Stabilization of Transnational Business”, *Northwestern Journal of International Law and Business* (V. 28, No. 3), pp. 524 – 525.

²⁸⁰ FLOOD, John (2007), “Lawyers as Sanctifiers”, *Indiana Journal of Global Legal Studies* (V. 14, No. 1), p. 55.

actores no estatales. Las grandes firmas globales gracias a su posición en la economía y de la sociedad tienen la capacidad para forjar las estructuras jurídicas que requieran sus clientes en un contexto de globalización.

La consecuencia central de esta actividad es que para estas oficinas globales de abogados las soluciones no están en el Estado, ni en el derecho estatal. Es su habilidad para diseñar salidas negociadas, contractuales, lo que les permite transitar por diversas legislaciones y espacios normativos. Por tanto, el diseño de una red profesional de contactos es esencial. Estas redes se construyen a partir de la expansión directa de los despachos, de la coordinación de alianzas, o de la adquisición de firmas ya consolidadas en otros Estados.

De esta forma, las firmas pretenden utilizar el *soft law* y la *lex mercatoria* como los instrumentos jurídicos más acordes con la globalización y más beneficiosos para sus clientes. En el uso que le dan a estas herramientas se revela plenamente su carácter de autoridad privada, pues proveen soluciones y desarrollan estructuras jurídicas que no requieren de la legislación nacional. La legitimidad y la validez de estos mecanismos jurídicos, propios de la globalización, se da gracias a que emanan de la gestión de una firma de reconocido prestigio global. La ejecución del cumplimiento de los postulados del *soft law* y de la *lex mercatoria* se delegará, principalmente, en instancias arbitrales internacionales en los que el Estado tiene una participación marginal²⁸¹.

Una de las manifestaciones del carácter de autoridad privada de las oficinas globales de abogados se da en el ámbito de la *lex mercatoria* moderna. La cual tiene una naturaleza consuetudinaria al ser un orden regulador que surge como consecuencia de necesidades mercantiles. Además se caracteriza por su autonomía del derecho estatal y porque regula el entorno de los negocios

²⁸¹ La participación del Estado se reduce a la firma y ratificación de la Convención de Nueva York de 1957, sobre el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales internacionales.

internacionales²⁸². Algunos autores recientes, como Dalhusen, consideran que la *lex mercatoria* moderna tiene un ámbito más amplio, pues puede extenderse a sectores como el arbitraje y la jurisdicción, la lucha contra el fraude en los negocios y la corrupción, a cuestiones relacionadas con el derecho de la competencia, a lucha contra el lavado de activos y a la incorporación de estándares de protección ambiental²⁸³ para los negocios internacionales. Si bien la extrapolación que postula dicho autor parece exagerada, sí que es ilustrativa, pues permite identificar la naturaleza difusa y maleable que tiene la noción de la *lex mercatoria*. Por tanto, es posible delimitar o extrapolar su alcance normativo dependiendo de los intereses de las partes, y en particular por el uso que hacen los abogados de las normas que la componen.

Por ello la *lex mercatoria* provee, desde esta perspectiva, el potencial para resolver los conflictos mercantiles internacionales. Esto se da en virtud de tres características, en primer lugar por su carácter universal, toda vez que es un “orden” jurídico deslocalizado y adaptable a las necesidades de los operadores del comercio internacional; en segundo lugar por la velocidad para implementar soluciones jurídicas ajustadas a los tiempos de la actividad mercantil; y en tercer lugar por la eficiencia que supone la reducción de los costes de transacción al obtener una respuesta ajustada a las necesidades comerciales de los clientes. Por tanto la *lex mercatoria* moderna refleja el etos del libre comercio y del liberalismo económico²⁸⁴, propios de la economía globalizada contemporánea.

Se define la *lex mercatoria* moderna como el conjunto de prácticas jurídicas internacionales que incorporan un sistema normativo abierto a decisiones judiciales. Esas prácticas configurarían la confección de principios generales

²⁸² GOLDMAN, David M. (2007), *Globalization and the Western Legal Tradition*, Cambridge: Cambridge U. P., p. 274.

²⁸³ Citado en *Ibidem*, p. 275.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 278.

que se deslocalizan, esto es se separan del derecho nacional. La *lex mercatoria* desde esta mirada mantiene una relación ambivalente con el orden del Derecho internacional público. Pues por una parte pretende ser un ámbito ajeno al derecho interestatal y de aplicación a los sujetos privados en sus operaciones transnacionales. Por la otra se apoya en documentos, normas, regulaciones expedidos por organizaciones internacionales y contenidos en ciertos casos en tratados internacionales.

El diseño de contratos internacionales posibilita que la solución de conflictos se resuelva por vía arbitral. Los contratos se estructuran de tal forma que evitan la aplicación de la legislación local y remite al arbitraje las diferencias que surjan entre las partes. El diseño de los contratos se da en las oficinas globales de abogados principalmente y son adecuados a las necesidades de los negocios que llevan a cabo sus clientes. De esta forma se genera un espacio de adjudicación exógeno al estado-nación.

El arbitraje internacional se institucionaliza principalmente a partir de las reglas que establece un ente no gubernamental de orientación empresarial como es la Cámara de Comercio Internacional (CCI) con sede en París. En el ámbito del arbitraje internacional de inversiones se complementa con el Convenio del CIADI del Banco Mundial²⁸⁵. La práctica de la CCI así como sus guías e instrucciones refieren constantemente a la *lex mercatoria*, con lo cual se busca que el procedimiento dentro del tribunal de arbitraje se flexibilice al máximo y se logre dar cumplimiento a los plazos establecidos por las reglas de la CCI o las fijadas por las partes en el contrato. A su vez la tendencia de las oficinas de abogados es seleccionar los árbitros por su afinidad con el mundo de los negocios y no necesariamente por su bagaje y tradición jurídica.

²⁸⁵ Esta es una posición mayoritaria, pero no dominante, Sosa considera que no hay tal aplicación homogénea de la *lex mercatoria*, sino una hibridación entre normas nacionales, de derecho comunitario, internacionales y privadas por parte de los árbitros.

Esta tendencia conduce, según Goldman, a que la mayor parte de los árbitros elegidos provenga de las oficinas de abogados globales estadounidenses y británicas, y se deje atrás la selección de los “grandes hombres” de los que hablan Dezalay y Garth, casi todos ellos provenientes de firmas boutiques con una gran tradición²⁸⁶. Este nuevo tipo de árbitros abogados, algunos con MBA (*master in business administration*), le introduce al sistema de decisión y al proceso arbitral nuevos elementos en sus razonamientos, como aquellos provenientes de la economía, o de técnicas de gestión y administración de negocios. Este nuevo perfil de árbitros es el que genera una mayor propensión a adoptar la *lex mercatoria* como el derecho regulador de los conflictos, y esta a su vez emana de actores privados que ejercen autoridad en una modalidad de la gobernanza global contemporánea. Por lo tanto este orden jurídico predica una gran autonomía frente a los órdenes jurídicos nacionales y una tendencia a un universalismo necesario en las transacciones transfronterizas.

Es una consecuencia natural que para resolver los conflictos entre Estados y compañías multinacionales se acuda al arbitraje internacional de inversiones, como una modalidad de solución de controversias en la que confluyen los intereses universalistas de cada una de las partes: la de atraer inversionistas y la de desarrollar nuevos negocios. Además, estos arbitrajes suponen una occidentalización de la solución de controversias, la cual es preferible a un proceso ante tribunales nacionales. La aparente neutralidad de los árbitros, en su mayoría proveniente de las firmas globales de abogados, así como el acercamiento del proceso al sistema del *common law* anglosajón, supone un punto medio entre la protección al derecho de propiedad de las compañías y la preservación de la soberanía por parte del Estado.

Estos sistemas de normatividad contractual y su remisión por la misma vía al arbitraje internacional presentan según Goldman una paradoja propia de la

²⁸⁶ GOLDMAN, David M. (2007), *Op. Cit.*, p. 288.

auto-referencia. La paradoja consiste en que el contrato se auto asigna su propia regulación y se abstrae de legislación nacional alguna, sin embargo si se busca invalidar el contrato desaparecería la regulación y se estaría frente a la presencia de un contrato sin ley²⁸⁷. De manera simultánea, la cláusula que referencia al arbitraje internacional también estaría viciada. Para salir de esta paradoja, los doctrinantes internacionales asumen que la voluntad de las partes al momento de celebrar el contrato es clara y expresa para acudir al arbitraje en caso que se requiera resolver alguna diferencia, incluso la validez del contrato. En consecuencia, la expresión de voluntad manifiesta que sea por la vía arbitral la forma de solucionar las controversias relativas al contrato supone un convenio autónomo e independiente al del contrato que le da origen y por ello sobrevive a cualquier circunstancia que le suceda a la validez del contrato. Una vez superado dicho obstáculo se procederá por los árbitros a identificar cuál sería el orden regulatorio del contrato, esto es el contrato mismo, un ordenamiento jurídico estatal, una hibridación o la *lex mercatoria*.

Si se mira por fuera de la argumentación de la doctrina jurídica, es posible concluir que más allá de una estructura jurídica dominante, lo que permite la validez de estas cláusulas es un fuerte sentido de *colegaje* y un espíritu de cuerpo fuerte entre la comunidad de árbitros y de despachos de abogados. De nuevo acudiendo a Goldman, este encuentra que la validez de la cláusula arbitral y su reconocimiento en la comunidad de abogados es del 90%, porcentaje que se obtiene del número de laudos arbitrales que se cumplen voluntariamente por las partes y cuya validez no es controvertida por los abogados que las representan. A su vez más del 90% de los contratos internacionales²⁸⁸ contienen la cláusula arbitral y la casi totalidad de los acuerdos bilaterales de protección de inversiones también contienen la referencia al arbitraje como mecanismo de protección al inversionista

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 289.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 290.

extranjero. Es así como la comunidad jurídica internacional conformada por los abogados socios de las firmas globales y la comunidad de los negocios internacionales, conformada por las compañías multinacionales y los órganos no gubernamentales de representación de sus intereses estima que la validez y ejecución de la cláusula arbitral es la mejor vía para resolver sus diferencias y que ello permite superar la paradoja de la autoreferencia.

La superación de la paradoja de la autoreferencia posibilita el ejercicio de la autoridad privada en la medida en que se está ampliando el panorama de materias que se excluyen de la órbita estatal. Por ello es posible que un amplio margen de aquello que hace parte del derecho o de lo que es juridificable se privatice y esto no solo limitado al contrato, sino a la regulación de diversos ámbitos temáticos. En esta actividad de privatización de la órbita jurídica es donde las firmas y las organizaciones y asociaciones de representación de los distintos agentes económicos adquieren un mayor protagonismo y ejercen autoridad que se transforma en estructurar regulaciones y normas que se ajusten a los intereses propios de su actividad económica. Se da así una competencia por la generación de normas privadas y una reivindicación de lo que Teubner denomina el federalismo molecular²⁸⁹.

Es posible identificar una comunidad que desarrolla un vínculo de unidad a partir de una historia compartida y de una perspectiva de futuro. Esta comunidad, que es la de las oficinas globales de abogados refleja entonces un desarrollo que va a la par de la globalización económica de final de siglo XX y ve en ella el marco en el que se llevará a cabo su crecimiento con el consiguiente incremento del bienestar patrimonial de los socios de dichas firmas.

Al mismo tiempo esta comunidad identifica mecanismos como el arbitraje

²⁸⁹ *Vid.* TEUBNER, Gunther (1997), “Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society” en TEUBNER, Gunther (ed.) (1997), *Global Law Without a State*, Aldershot: Ashgate, pp. 21 – 22.

internacional para crear una esfera de regulación en la que se manifiesta claramente su carácter de autoridad de tipo privado. La externalización de la solución de controversias en el arbitraje internacional permite generar la sensación de independencia y neutralidad propia de los entes conformados por expertos que son autoridades en la materia. Por tanto se percibe el arbitraje internacional, y esto es especialmente importante en el arbitraje internacional de inversiones, como un espacio políticamente objetivo, en el que se neutraliza el favoritismo del Estado y hacia el Estado. Esta neutralidad es consecuencia del ejercicio de la autoridad privada de los abogados que son designados como árbitros y que han diseminado las ventajas del arbitraje como mecanismo de solución de controversias necesario para la gobernanza global.

La combinación de estas circunstancias faculta el configurar una convicción moral respecto de las virtudes del arbitraje internacional como instrumento de adjudicación de derechos y por tanto estabilizador de las transacciones internacionales y de la inversión extranjera. Se convierten entonces el contrato internacional, la *lex mercatoria* y las decisiones arbitrales en fuentes de derecho que emanan de la autoridad privada. Así se forma “una *opino juris* propia del mundo de los negocios²⁹⁰”.

El contrato y el arbitraje internacional pueden ser considerados como una forma privada de regulación, que posibilita una gobernanza privada de asuntos tanto privados como públicos. El comercio, y los abogados que gestionan sus intereses, por vía de la *lex mercatoria*, muestran una marcada reticencia a ser absorbidos por completo en la regulación pública estatal. Esta regulación se comienza a construir desde la gobernanza intracorporativa propia de las compañías multinacionales. Estas organizaciones desarrollan un sistema interno de reglas jurídicas y de gestión administradas por la burocracia y elites corporativas de diverso nivel. Tal regulación interna se

²⁹⁰GOLDMAN, David M. (2007), *Op. Cit.*, p. 290.

intensifica y se torna más necesaria en la medida en que la organización se globaliza. De forma simultánea la necesidad de generar una imagen externa favorable exige reflejar los mecanismos de gobierno corporativo al exterior de la compañía multinacional. Además, se requiere de la formalización de las transacciones comerciales intraorganización y de identificar las ventajas de tributación que se dan a lo largo del planeta. En consecuencia, se origina un cuerpo jurídico de naturaleza diversa, creado y ejecutado por los abogados tanto de los departamentos jurídicos de las organizaciones, como de las grandes firmas globales de abogados.

Esta gobernanza que emana de la autoridad privada no puede existir con plena autonomía del derecho estatal. La regulación pública de fin de siglo XX y comienzo del siglo XXI se caracteriza por su crecimiento. Pero este crecimiento genera engaños, pues en especial desde la década del ochenta su objetivo es desregular, y propiciar la autogestión por parte de los particulares o por medio de entes autónomos e independientes del poder legislativo y ejecutivo, y con un mínimo de control judicial. La globalización contemporánea no hace cosa diferente a la de intensificar este proceso y la de acelerar la necesidad de generar soluciones deslocalizadas, globales, flexibles y adaptables a los problemas y necesidades que trascienden al Estado nación. Esto es apreciable en el giro semántico de gobierno a gobernanza²⁹¹. El incremento en la interconexión, la transnacionalidad e intemporalidad de los problemas y materias que requieren de gestión, conducen a que actores no estatales sean los encargados de identificar soluciones y administrar su implementación y ejecución. La legitimidad de los actores privados se refleja en la creciente participación de la denominada sociedad civil global en la gobernanza global y la identificación de la autoridad privada en ciertos ámbitos de ésta.

La gran virtud de la *lex mercatoria* reside en que este tipo de normatividad

²⁹¹ *Ibidem*, p. 291.

refleja las relaciones y procesos propios de una comunidad específica, que es la de los grandes operadores de comercio internacional. Estas relaciones se juridifican gracias al actuar de las grandes firmas de abogados y de los centros de promoción del comercio y del derecho mercantil internacional como la CCI. Este tipo de situación relacional se da en un entorno que es relativamente libre de la injerencia estatal y es universal en el entendido que afecta al universo de una comunidad particular que es la de los operadores globales de comercio.

De esta forma la *lex mercatoria* se legitima en cuanto se entiende como derecho válido para una comunidad específica, y es la comunidad del comercio global contemporáneo, como en su momento lo fue la comunidad de mercaderes de Flandes y de la Italia del Medioevo. Además, la *lex mercatoria* pone en evidencia que el Estado en la globalización no es la única fuente legítima de normatividad y de autoridad. Esto se aprecia en la facultad de los particulares para elegir la legislación que regule los contratos internacionales y para definir el foro que habrá de regir las diferencias que eventualmente resulten. En la mayor parte de este tipo de relaciones no habrá necesidad de acudir a regulaciones estatales pues la dinámica relacional de los sujetos involucrados permite generar un clima de autoconfianza y autoregulación, que no es controlado por el Estado y que es seguido muy de cerca por los abogados de las grandes firmas globales. Es posible entonces, concluir que las partes no necesitaran ninguno de los ámbitos de la autoridad del Estado en la creación, aplicación y adjudicación de normas. De allí, que surja una autoridad no estatal que se considere privada en su naturaleza y que sea propia de la gobernanza y no del gobierno.

Así la creación de un derecho particular por vía contractual que emana de la autoridad que tienen las firmas globales de abogados reclama un cierto nivel de legitimidad. Éste se genera por la existencia de un orden social particular en el que no es necesario recurrir a la coerción como elemento para garantizar la ejecución de las obligaciones contraídas dentro de dicho ámbito

de intercambio económico y normativo. Es por eso que se constituyen espacios de autoregulación en los que las firmas se erigen en una autoridad para resolver las diferencias que surjan entre los actores involucrados.

La *lex mercatoria* evidencia una vía por la cual las firmas globales de abogados son una autoridad en la gestión de los asuntos globales. La organización de la actividad profesional de los abogados a través de grandes firmas les posibilita interactuar globalmente, liberarse de las ataduras propias del derecho nacional y con ello cuestionar el papel absoluto del Estado en el control de las profesión jurídica. A su vez el Estado solicitará la asesoría de dichos despachos en aquellas materias en la que los abogados de las oficinas globales sean reconocidos como autoridad. En particular, en el momento en el que un gobierno quiera involucrarse en la competencia por atraer inversión extranjera a su territorio la autoridad que emana del actuar de estos despachos se torna esencial, pues gracias a su actuar es que se ha configurado el régimen internacional de inversiones.

El rol multimodal de los diversos actores de la gobernanza global contemporánea será evidente en el régimen internacional de las inversiones y en particular del arbitraje internacional de inversiones. Las firmas globales de abogados agenciarán un papel fundamental en este nicho de la gobernanza global. Su actuar como asesores y consejeros de gobiernos y de compañías multinacionales es clave para concebir el arbitraje internacional de inversiones como la vía óptima para la resolución de controversias asociadas a este tipo de actividad económica. La estructura y operación de las oficinas globales de abogados facilita y explica la actuación de los abogados en la gestión de este tipo de régimen y su presencia como autoridad privada en la gestión de los asuntos globales. El arbitraje internacional de inversiones del CIAIDI es uno de los regímenes en los cuales la presencia de la autoridad privada es manifiesta. El siguiente capítulo se ocupará de explicar el arbitraje internacional de inversiones del CIADI, indagar su funcionamiento y operación como uno de los ámbitos de la gobernanza global, en los cuales

está presente la autoridad privada.

4. El arbitraje del Centro Internacional de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)

El régimen del arbitraje internacional de inversiones es uno de los componentes del denominado Derecho internacional de las inversiones. El arbitraje del Convenio Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) es un desarrollo directo del giro que toma este Derecho internacional de las inversiones en la década de los sesenta en el siglo XX. La mayor parte de los arbitrajes de inversiones, tanto del CIADI como de otros centros, se originan en el creciente número de tratados bilaterales de protección recíproca de inversiones que se comienzan a celebrar desde la década de los años sesenta del siglo XX.

El arbitraje CIADI es una hibridación de la institución del arbitraje de Derecho internacional público y del arbitraje comercial internacional, pues su fuente es un tratado internacional, pero resuelve diferencias entre particulares y Estados bajo la jurisdicción del Derecho internacional, otorgando *jus standi* a entes no internacionales. Además opera siguiendo las prácticas del arbitraje comercial internacional, pero no requiere de un acuerdo directo entre las partes de la diferencia para resolverla por dicha vía. Al mismo tiempo es un régimen autocontenido, pues está regido en su totalidad por el Derecho internacional y como tal no será revisado por los jueces nacionales. Por tanto es una forma de resolver diferencias del ámbito internacional que involucra actores públicos y privados, materializando la capacidad de éstos de influenciar y configurar el régimen internacional de inversiones.

Este capítulo se ocupa de explicar el arbitraje internacional de inversiones del CIADI, en particular el contexto en el cual se da su operación, y su caracterización como régimen internacional. Para ello se tratará en primer

lugar el régimen del Derecho internacional de las inversiones, en particular el auge de los acuerdos para la protección recíproca de las inversiones y de los tratados de libre comercio que incorporan un capítulo de protección a las inversiones, con posterioridad al movimiento del Nuevo Orden Económico Internacional. En segundo lugar se explicará la institución del arbitraje internacional y en particular el régimen del arbitraje internacional de inversiones del CIADI. Finalmente, en tercer lugar, se analizará la inserción del CIADI como un régimen internacional, propio de la gobernanza global contemporánea.

4.1. El Derecho internacional de las inversiones y el arbitraje internacional

4.1.1. La Cláusula Calvo, la Regla Hull y el Nuevo Orden Económico Internacional

El Derecho internacional de las inversiones surge a finales del siglo XIX como una derivación de la protección diplomática existente en el Derecho internacional y se afirmaba como una de las emanaciones del poder colonial o neocolonial impuesto por las potencias europeas en dicho momento. Con el advenimiento del siglo XX y las consecuencias que éste trajo para el Derecho internacional, el régimen internacional de las inversiones adopta gradualmente un matiz más institucional que se aleja de la discrecionalidad estatal y de la hegemonía política y económica de ciertos Estados.

El concepto medular del Derecho internacional de las inversiones gira en torno a la protección al inversionista extranjero. En particular frente a la defensa que éste puede tener frente a la acción del Estado en el cual realiza la inversión. Las políticas estatales en un momento dado pueden ser adversas al inversionista y en consecuencia los gobiernos adoptan acciones que limitan o

eliminan el derecho de propiedad que tiene el inversionista sobre los activos que ha adquirido o constituido para llevar a cabo la inversión correspondiente. Este fenómeno conocido como expropiación no está exento de consecuencias políticas, como se apreció en los casos de la nacionalización del petróleo en Irán por parte de Mohammed Mosaddegh²⁹², de la redistribución de las tierras del banano en Guatemala por parte de Jacobo Arbenz²⁹³, de la expropiación de las industrias del azúcar, del ron, de los servicios públicos y del turismo en Cuba con el triunfo de la revolución liderada por Fidel Castro²⁹⁴, y de igual fenómeno en los sectores de la telefonía y de la minería en Chile durante el gobierno de Salvador Allende²⁹⁵.

A lo largo del siglo XIX y comienzos de siglo XX tuvo lugar lo que se denominó como *gun boat diplomacy*²⁹⁶. Este término que explicaba el uso de la fuerza por parte de los Estados en los cuales tenía el domicilio principal el inversionista extranjero y era la regla general para forzar el pago de una indemnización como consecuencia de una acción del Estado anfitrión sobre el inversionista. Esto no era otra cosa que la aplicación de reglas que los

²⁹² “Iran Kept in Turmoil by Oil and Communism”, *The New York Times* abril 29, 1951, disponible en <http://query.nytimes.com/mem/archive/pdf?res=F20E11F9345E10728DDDA00A94DC405B8189F1D3> (última consulta 25 de marzo de 2013).

²⁹³ “Guatemalan at U. N. Says Arbenz Quit for Good of Nation”, *The New York Times*, 24 de junio, 1954, disponible en <http://query.nytimes.com/mem/archive/pdf?res=FB0B12FD3B5A107B93CBAB178DD85F408585F9> (última consulta 25 de marzo de 2013).

²⁹⁴ “Cuban Embargo Statement and Text”, *The New York Times* 4 de febrero de 1962, disponible en <http://query.nytimes.com/mem/archive/pdf?res=F20B12FC39551A7B93C6A91789D85F468685F9> (última consulta 25 de marzo de 2013).

²⁹⁵ “Allende at U. N., Charges Assault by U. S. Interests”, *The New York Times* 5 de diciembre de 1972, disponible en <http://query.nytimes.com/mem/archive/pdf?res=F30A14FD35591A7493C7A91789D95F468785F9> (última consulta 25 de marzo de 2013).

²⁹⁶ Tomz cuestiona que la *gun boat diplomacy* fuera un instrumento exclusivo para resolver controversias asociadas a inversión, su estudio encuentra que se da la concurrencia con otro tipo de conflictos y por ello se acude a la vía armada. *Vid. TOMZ, Michael (2007), Reputation and International Cooperation. Sovereign Debt across Three Centuries*, Princeton: Princeton University Press, p. 153.

Estados occidentales consideraban como propias del Derecho internacional consuetudinario y de ellas se derivaba la obligación del Estado anfitrión de brindarle un trato mínimo al inversionista de acuerdo con los estándares internacionales²⁹⁷. En el evento de no dar cumplimiento a dichas obligaciones, la coerción por vía militar era el instrumento preferido para dar solución a las diferencias o por lo menos para dar inicio a una negociación orientada a compensar a dichos inversionistas.

De esta forma los Estados en los que se domicilia la sede corporativa de los inversionistas eran quienes controlaban cualquier tipo de situación de desmejora a las compañías y de hecho eran partes directas en la controversia. Los inversionistas como tal tenían una participación subsidiaria²⁹⁸, en el sentido que todo el trato se daba por medio de sus gobiernos y éstos a su vez adoptaban una actitud hostil frente al Estado anfitrión, el cual generalmente tenía un margen de negociación limitado.

Tal situación dio origen a la denominada Doctrina Calvo, desarrollada por el jurista y diplomático argentino Carlos Calvo. Esta doctrina desarrolla el mandato de “incluir en los contratos entre un Estado y un inversor extranjero un compromiso en el sentido de que cualquier controversia relativa a la aplicación del contrato quedará sometida a los tribunales del Estado contratante, al tiempo que el inversor extranjero renuncia a la protección diplomática de su Estado de origen”²⁹⁹. Es posible, por tanto, identificar dos funciones de la doctrina, la primera relativa a la jurisdicción y

²⁹⁷ VANDEVELDE, Kenneth J. (2005), “A Brief History of International Investment Agreements”, *University of California Davis Journal of International Law & Policy* (V. 12), p. 160.

²⁹⁸ PARK, William J. (2006), *Arbitration of International Business Disputes Studies in Law and Practice*, Oxford: Oxford University Press, p. 325.

²⁹⁹ *North American Dredging Company of Texas vs. United Mexican States, de 31 de marzo de 1926*, citado por HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis M. (2010), “La regulación de los movimientos internacionales de capital y de las inversiones extranjeras” en HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis M. & ROLDÁN BARBERO, Javier (coords.) (2010), *Derecho internacional económico*, Barcelona: Marcial Pons, pp. 305 – 306.

la segunda referida a la renuncia de la protección diplomática³⁰⁰.

Respecto del conflictivo asunto de la jurisdicción, la doctrina Calvo postula la supremacía del imperio soberano de los jueces nacionales y de la legislación del Estado anfitrión de la inversión. Se deduce, entonces, que las controversias serán resueltas ante los jueces del país correspondiente, ello excluye la posibilidad de acudir al arbitraje, y de aplicar la legislación internacional, de forma que no es posible que una decisión judicial se sustente en el Derecho internacional o en la legislación extranjera.

La doctrina Calvo también postula la renuncia a la protección diplomática, y

³⁰⁰ La protección diplomática es el estándar mínimo de trato al que un Estado se obliga a otorgar a los nacionales de terceros Estados que se encuentren en ese territorio. Dicho estándar es un trato acorde al que se le brinda a sus nacionales, la infracción supondrá una sanción por el Derecho internacional. En consecuencia el Estado del cual es nacional la persona afectada podrá reclamar al Estado infractor, pues la obligación que se tiene es de naturaleza interestatal. MALANCKSZUK, Peter (1997), *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Londres: Routledge, pp. 256-257.

De igual forma lo considera la Corte Internacional de Justicia al abordar el asunto de la *Barcelona Traction*:

“Diplomatic protection deals with a very sensitive area of international relations, since the interest of a foreign State in the protection of its nationals confronts the rights of the territorial sovereign [...] From its origins closely linked with international commerce, diplomatic protection has sustained a particular impact from the growth of international economic relations, and at the same time from the profound transformations which have taken place in the economic life of nations”, *Case concerning The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Second Phase*, International Court of Justice, 1970. Los textos provenientes de documentos oficiales, sentencias y laudos arbitrales se presentan en el idioma original.

La aplicación del principio de protección diplomática a los entes empresariales siempre ha generado dificultades al momento de su aplicación a casos concretos, así lo plantea la Corte Internacional de Justicia, también en el caso *Barcelona Traction*:

“In allocating corporate entities to States for purposes of diplomatic protection, international law is based, but only to a limited extent, on an analogy with the rules governing the nationality of individuals. The traditional rule attributes the right of diplomatic protection of a corporate entity to the State under the laws of which it is incorporated and in whose territory it has its registered office” *Case concerning The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Second Phase*, International Court of Justice, 1970.

ello implica que las diferencias se resolverán directamente entre Estado anfitrión e inversionista. De esta forma se la participación del país del que proviene la compañía que lleva a cabo la inversión extranjera. En palabras de Calvo: “§ 199. En términos generales podemos decir, que el poder judicial de un Estado se extiende: [...] Quinto. – Al conocimiento de todos los pleitos sobre derechos y contratos, cuando las personas residan en el territorio, y sujetándose los tribunales a la regla de decisión que, según los casos, corresponda”³⁰¹.

La doctrina Calvo fue defendida ampliamente por los Estados de América Latina; el desarrollo posterior las tesis de Calvo dio origen a la denominada doctrina Drago. Luis Drago era Ministro de Asuntos Exteriores de la República Argentina en 1902³⁰² y en dicho año remitió una misiva a la delegación argentina en los Estados Unidos en la que expresaba su preocupación por los eventos que ocurrían entre el Reino Unido, Alemania e Italia frente a Venezuela sobre el no pago de obligaciones financieras como consecuencia de un cambio de gobierno, originado en un golpe de estado³⁰³. La misiva se trasladó al gobierno estadounidense, que actuó inicialmente como mediador en la disputa entre dichos Estados. Drago entonces propuso como principio de Derecho internacional que el no pago de obligaciones financieras no es justa causa de intervención o de coacción por parte de las potencias europeas³⁰⁴. Las dos doctrinas se convirtieron en la piedra angular de la acción diplomática de los Estados de América Latina frente a las pretensiones de los inversionistas europeos al inicio del siglo XX, y posteriormente dichos postulados serán acogidos por los Estados que surgen de los procesos de descolonización para propugnar un nuevo orden

³⁰¹ CALVO, Carlos (1868), *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América*, París: D’Amot & Durand et Pedone-Lauriel, p. 313.

³⁰² HERSHEY, Amos S. (1907), “The Calvo and Drago Doctrines”, *American Journal of International Law* (V. 1, No. 1), p. 28.

³⁰³ TOMZ, Michael (2007), *Op. Cit.*, pp. 133-134.

³⁰⁴ HERSHEY, Amos S. (1907), *Op. Cit.*, p. 30.

económico mundial.

Estas dos doctrinas, acogidas ampliamente por los Estados de América Latina, buscaron incorporarlas a los contratos de inversión³⁰⁵ que celebraban con inversionistas europeos y posteriormente con los estadounidenses. De igual forma estas teorías fueron atacadas inicialmente por los países europeos, y posteriormente por los Estados Unidos. Dicho rechazo va a traducirse en la Regla Hull, que este último país consideraba como parte Derecho internacional Consuetudinario. En particular, la cuestión relativa a la limitación de acudir a las autoridades del Estado de origen para solicitar protección, fue ampliamente rechazada por diversos tribunales internacionales. Se sustentó dicha reacción, al hecho que el inversionista no era un sujeto con entidad suficiente para renunciar a la protección diplomática³⁰⁶.

La denominada Regla Hull, en referencia al Secretario de Estado estadounidense Corden Hull³⁰⁷, surgió de la gestión que éste adelantó para lograr el pago de la compensación a las compañías petroleras de los Estados Unidos que fueron expropiadas por México, como consecuencia de la revolución que se dio en dicho país en el primer cuarto del siglo XX y que supuso una oleada de nacionalizaciones hasta los años cuarenta ³⁰⁸. Especialmente en 1938 el gobierno mexicano expropió la casi totalidad de la industria petrolera, dominada por compañías como Shell y sobre todo por la Jersey Standard³⁰⁹. Las compañías de los Estados Unidos acudieron a su

³⁰⁵ BRUNET, Alexia & LENTINI, José Manuel (2007), "Arbitration of International Oil, Gas, and Energy Disputes in Latin America", *Northwestern Journal of International Law & Business* (V. 27, Spring), p. 595.

³⁰⁶ DOUGLAS, Zachary (2004), "The Hybrid Foundations of Investment Arbitration" en CRAWFORD, James & LOWE, Vaughan (eds.) (2004), *The British Yearbook of International Law*, Oxford: Oxford University Press, p. 242.

³⁰⁷ GUZMÁN, Andrew T. (1997-1998), "Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties", *Virginia Journal of International Law* (V. 38), p. 645.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 646.

³⁰⁹ JONES, Geoffrey (2005), *Op. Cit.*, p. 210.

gobierno solicitando la protección diplomática y éste accedió a reclamar ante México en su nombre.

Corden Hull exigía en sus comunicaciones al ministro mexicano de relaciones exteriores que las expropiaciones que un gobierno llevara a cabo contra los inversionistas foráneos solo serían válidas si estaban acompañadas de una compensación oportuna, adecuada y efectiva, y que de lo contrario se estaría actuando en contra del Derecho internacional:

“The Government of the United States merely adverts to a self-evident fact when it notes that the applicable precedents and recognized authorities on international law support its declaration that, under every rule of law and equity, no government is entitled to expropriate private property, for whatever purpose, without provision for prompt, adequate, and effective payment therefor (sic)”³¹⁰.

El gobierno mexicano rechazó tal afirmación y, en la respuesta que le formuló a Hull en ejercicio de la doctrina Calvo, afirmó que no podía sostenerse que los supuestos planteados por tal regla tuvieran como fuente la costumbre internacional, pues éstos (los supuestos) eran ampliamente rechazados por un número significativo de Estados, y por tanto no era posible su aplicación universal como lo pretendía Hull. El inicio de la Segunda Guerra Mundial alteró por completo las prioridades de política exterior estadounidense, y este asunto finalizó, irónicamente, a favor de México, pues los Estados Unidos le dieron prioridad a la protección de su frontera en un momento de gran inestabilidad internacional.

La posición mexicana fue compartida por los demás Estados latinoamericanos, que desde comienzos del siglo XX, aceptaron las doctrinas Calvo y Drago como un componente esencial de su política exterior. La recepción de estas doctrinas se amplió con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial y con el inicio de los procesos de descolonización, pues los nuevos

³¹⁰ Hull citado por GUZMÁN, Andrew T. (1997-1998), *Op. Cit.*, p. 645.

Estados que surgieron de los imperios coloniales la acogieron como una afirmación de su flamante soberanía. Esto condujo a que los Estados en vías de desarrollo combatieran enérgicamente, por medios diplomáticos, las pretensiones de los países desarrollados de brindar una mayor protección a los inversores. De tal forma se profirió en 1962 la Resolución 1803 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la que se afirmó el derecho de los Estados a controlar y ejercer soberanía sobre los recursos naturales que se encuentren y exploten en su territorio.

Once años después la misma Asamblea General emitió la Resolución 3171 sobre la soberanía permanente sobre los recursos naturales. Esta Resolución limitaba claramente el alcance de la Regla Hull. Finalmente, en el año 1974, de nuevo la Asamblea General, aprobó la Resolución 3201 por la que se proclamaba un Nuevo Orden Económico Internacional (*New International Economic Order*). En esta Resolución se proclama como inaceptable cualquier tipo de sanción impuesta a un Estado con ocasión de una expropiación que hubiere practicado en ejercicio de su soberanía. Además no se considera como un derecho del inversionista la indemnización que se genera como consecuencia de su expropiación, pues esta compensación es un acto discrecional del Estado.

El desmantelamiento de la Regla Hull como norma consuetudinaria de Derecho internacional se completa con una última Resolución de la Asamblea General, en este caso la 3281, también de 1974, que contempla los derechos y deberes económicos de los Estados. En ella se explicita que las diferencias que surjan como consecuencia de una indemnización generada por la expropiación debe resolverse ante los jueces del Estado que declara la expropiación. Esto es, el inversionista extranjero tendrá que sujetarse a la jurisdicción del Estado en el que lleva a cabo su inversión. Esta serie de Resoluciones de la Asamblea General fueron el resultado de la estrategia por parte de los Estados en vías de desarrollo, para lograr la ineficacia de la Regla Hull.

El denominado Nuevo Orden Económico Internacional que se proclamó formalmente luego de este proceso de activismo por parte de los Estados en vías de desarrollo (en los diferentes órganos de la Organización de Naciones Unidas) tuvo una existencia efímera. Al momento de expedición de la Resolución 3281 ya se padecía el final de la Crisis del petróleo, y se estaba en medio de una gran transformación del sistema financiero internacional y de los mecanismos de financiación a nivel global.

La crisis del dólar estadounidense supuso una reconfiguración de las formas de financiación internacional, lo que se acompañó de una mayor globalización de las instituciones financieras y de sus transacciones. Tal situación generó profundos cambios en la manera como los gobiernos captaban recursos, lo cual afectó directamente a los Estados en vías de desarrollo. Estos tuvieron, entonces, que recurrir a recursos de fuente privada externa, para así dar cumplimiento a sus necesidades de desarrollo económico y social. El agotamiento de la financiación por medio de la ayuda al desarrollo les obliga desde la misma década de los años setenta a acudir al sistema financiero internacional, lo cual se concreta de forma definitiva en los años noventa, por medio de los bonos de deuda pública. De allí que estos Estados comiencen paulatinamente a abandonar los postulados del Nuevo Orden Económico Internacional y opten por acogerse a formas más sensibles a las necesidades de los operadores privados en la nueva economía capitalista global. Los tratados para la protección recíproca de las inversiones van a ser una de esas nuevas formas por medio de las cuales los Estados en general van a buscar financiación a través de atraer inversión extranjera a su territorio y con ello incrementar los flujos de capital de su economía.

Durante la misma década de los años sesenta algunos Estados europeos comenzaron a desarrollar, negociar e implementar esta nueva modalidad de tratado: los tratados bilaterales de inversión³¹¹ o acuerdos para la protección

³¹¹ No existe una denominación estándar de este tipo de tratados en español. Vives

recíproca de inversiones. El primero de ellos se suscribió entre la República Federal Alemana y Pakistán en 1959³¹². Esta nueva forma de tratados comienza a emerger como una alternativa a la discusión que se daba en la Asamblea General de las Naciones Unidas en relación con la Regla Hull y va a suponer una transformación del régimen internacional de las inversiones.

4.1.2. Los acuerdos para la protección y la promoción recíproca de las inversiones

Los acuerdos para la protección recíproca de las inversiones se encuadran dentro de una categoría más amplia que son los acuerdos internacionales de inversión. Según la UNCTAD³¹³ dentro de éstos se encuentran tanto los acuerdos de promoción y protección recíproca de las inversiones como los tratados internacionales de doble imposición, también se encuentran los tratados de libre comercio que incluyen un capítulo relativo a la protección de las inversiones³¹⁴. Finalmente, se encuentran dentro de esta categoría aquellos tratados multilaterales que se ocupan de la inversión en campos o sectores particulares como la Carta de la Energía (*Energy Charter Treaty*).

El objeto de los acuerdos de promoción y protección recíproca de las

Chillida (1998) los denomina como tratados de promoción y promoción de inversiones, por su parte Hinojosa Martínez y Roldán Barbero (2010) los llaman acuerdos de promoción y protección recíproca de las inversiones, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), los engloba en una categoría genérica que son los acuerdos internacionales de inversión y dentro de ella están los acuerdos de promoción y protección recíproca de las inversiones (APPRI) y los tratados de doble imposición, en el texto se seguirá el denominador de la UNCTAD.

³¹² LOIBL, Gerhard (2003), "International Economic Law" en EVANS, Malcolm D. (2003), *International Law*, Oxford: Oxford University Press, p. 713. SACERDOTI, Giorgio (1997), "Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection", *Recueil des Cours/Collected Courses of The Hague Academy of International Law Tome 269 de la Collection*. La Haya: Martinus Nijhoff, p. 299. SALACUSE, Jeswald W. & SULLIVAN, Nicholas P. (2005), "Do BITs Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain", *Harvard International Law Journal* (V. 46, Winter), p. 74.

³¹³ UNCTAD (2012), *World Investment Report 2012*, Ginebra: UNCTAD, p. 84.

³¹⁴ *Ibidem*, p. xx.

inversiones (APPRI) es promover y proteger la inversión que lleva a cabo un inversor extranjero en un Estado anfitrión³¹⁵. El tratado se celebra entre el Estado que busca atraer inversión extranjera y el Estado que busca que las compañías domiciliadas en su territorio puedan expandirse a otros países. Hasta el año 2011 se han suscrito ³¹⁶ 3164 ³¹⁷ tratados de este tipo. Inicialmente estos tratados se suscribían entre países desarrollados y países en vía de desarrollo, pero en la actualidad no sólo se celebran entre Estados de esta naturaleza, sino entre economías emergentes y en transición entre sí.

Los APPRI se comienzan a negociar al comienzo de la década de los años cincuenta del siglo XX, como consecuencia de la debilidad estructural que presentaba el Derecho internacional Consuetudinario en la protección de la inversión extranjera, en particular de los mecanismos de garantía del derecho de propiedad del inversionista. La actividad normativa se daba tanto en el ámbito multilateral, a partir de la creación del GATT y del fallido Tratado de La Habana; por el que se pretendió crear una Organización Internacional de Comercio. Además se dieron otros intentos regulatorios, el Código para el tratamiento equitativo de la inversión extranjera patrocinado por la Cámara de Comercio Internacional o la Convención para la protección recíproca de la propiedad privada en países extranjeros³¹⁸, fueron algunas de dichas tentativas.

A partir de 1959 los Estados europeos que comenzaron a implementar, negociar y suscribir tratados bilaterales de protección a las inversiones con Estados en vía de desarrollo. Ya para el año 1977 los países europeos habían

³¹⁵ Las características de los APPRI, también son aplicables a los tratados de libre comercio que contienen un capítulo de protección a las inversiones. Esta modalidad que se da a partir del TLCAN, se expande a partir de la década del 2000.

³¹⁶ Se emplea la expresión suscrito para indicar que estos tratados han sido firmados por las partes, pero no necesariamente se han sometido al proceso de ratificación interna y posterior perfeccionamiento del tratado. Esto pues existen algunos Estados que a pesar de involucrarse en la negociación de un tratado de este tipo no tienen la voluntad política de perfeccionarlo y con ello dotarlo de vigencia.

³¹⁷ UNCTAD (2012), *Op. Cit.*, p. 84.

³¹⁸ SALACUSE, Jeswald W. & SULLIVAN, Nicholas P. (2005), *Op. Cit.*, p 72.

concluido 130 tratados³¹⁹ de este tipo. Según Salacuse y Sullivan diversos factores contribuyeron para que este activismo europeo de promoción de los APPRI tuviera éxito ³²⁰. Por una parte, adoptaron una estrategia de negociación mucho más flexible que la que tenían en su momento los Estados Unidos con los denominados tratados de “amistad, navegación y comercio”. De tal forma que aspectos como la tasa de cambio, la exigencia de unos mínimos de desempeño y la expropiación fueron abordados desde una perspectiva menos exigente; esto es, un estándar oscilante entre la Regla Hull y las doctrinas Calvo y Drago. Además este proceso fue concomitante con la expansión de las entonces denominadas Comunidades Europeas, lo que le demandó a los Estados miembros de ellas, adoptar una política de comercio común y con instrumentos relativamente uniformes.

El fin de la Guerra Fría fue el impulso final para la generalización de los APPRI, y puso temporalmente fin al reclamo de soberanía sobre los inversores. La disolución de la Unión Soviética levantó las reticencias de muchos Estados para aceptar celebrar esta modalidad de tratados; a lo que se sumó, gracias a las nuevas necesidades económicas generadas con la globalización, una competencia por atraer capital extranjero por parte de los Estados en vías de desarrollo, todo ello puso fin al Nuevo Orden Económico Mundial. Las economías en transición del antiguo bloque soviético llevaron a cabo transformaciones profundas para adaptarse al nuevo modelo económico capitalista. Los Estados de América Latina se acogen al Consenso de Washington³²¹ y adoptan reformas de corte liberal que suponen el abandono de las doctrinas Calvo y Drago³²². A su vez, las

³¹⁹ *Ibidem*, p. 74.

³²⁰ *Ibidem*, pp. 74 – 75.

³²¹ BRUNET, Alexia & LENTINI, José Manuel (2007), *Op. Cit.*, p. 597.

³²² Es importante anotar que en la última década ciertos Estados de América Latina reivindican de nuevo estos postulados, y han denunciado el Convenio CIADI con la finalidad de retirarse de él. Los Estados que ha diciembre de 2012 han efectuado dicho procedimiento son Bolivia, Ecuador y Venezuela. *Vid.* <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&acti>

economías de Asia experimentan una gran transformación y crecimiento, lo cual las convierte en uno de los ejes de la economía capitalista global. De modo que todos estos países encuentran que los tratados bilaterales de inversiones son uno de los instrumentos con que cuentan para atraer inversión extranjera a sus territorios y con ello capital a sus haciendas. Si bien la mayor parte de estos tratados son celebrados entre un Estado desarrollado y uno en vía de desarrollo³²³ en los últimos años la tendencia también muestra un número creciente de tratados de este tipo celebrados entre países en vía de desarrollo o economías emergentes³²⁴, lo que explica la inversión extranjera directa realizada desde China, México o Brasil.

La motivación para celebrar este tipo de tratados debe analizarse desde los intereses de los distintos intervinientes. Desde la perspectiva de las compañías inversionistas, que son el sujeto objeto de protección, los APPRI son importantes porque les permiten contar con un marco jurídico estable que les brinda garantías en cuanto a la rentabilidad indirecta de su inversión. Algunos autores, como Yackee³²⁵, cuestionan este tipo de motivación e indican que en general el contenido, detalle e incluso existencia de los APPRI son desconocidos por la mayor parte de los inversionistas.

Para los Estados exportadores de capital los APPRI son herramientas para abrir mercados, y con ello fortalecer su economía. Al ser los APPRI impulsados desde estos países, la estructura de los mismos refleja sus intereses tanto jurídicos, como económicos. Además los APPRI son un paso más para que la protección internacional de la inversión extranjera adquiera

onVal=ShowDocument&language=English, última consulta 17 de mayo de 2013.

³²³ SORNARAJAH, M, (1994), *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge: Cambridge University Press, p. 227.

³²⁴ ÁLVAREZ, Jose E. & SAUVANT, Karl P (2011), "Introduction" en ÁLVAREZ, Jose E. & SAUVANT, Karl P (eds.) (2011), *The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options*. Oxford: Oxford University Press, p. xxxiv.

³²⁵ YACKEE, Jason Webb (2008), "Bilateral Investment Treaties, Credible Commitment, and the Rule of (International) Law: Do BITs Promote Foreign Direct Investment?", *Law & Society* (V. 42, No. 4), pp. 805 – 832.

un carácter más jurídico, y deje atrás su marcado ascendente político. Por tanto se clarificarán las normas jurídicas³²⁶ internacionales que regulan el actuar de los Estados en relación con la protección de las inversiones extranjeras. Por último, son un instrumento para dinamizar el comercio internacional, aunque esta conexión parece más retórica que real. Finalmente, en cuanto a los intereses para los países en vías de desarrollo se afirma que su motivación se orienta primordialmente a atraer inversión extranjera a sus economías³²⁷, lo cual a su vez facilitaría una mayor inserción en la economía global.

El contenido de los acuerdos de promoción y protección recíproca de las inversiones no obedece a un modelo único, pero es relativamente estandarizado, basado inicialmente en el modelo alemán fue seguido por distintos Estados, luego la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico elaboró un modelo en la década de los sesenta³²⁸. Los Estados Unidos abandonan los tratados de “amistad, navegación y comercio” y abrazan los APPRI a comienzos de la década de los ochenta. Estos tratados desarrollan un patrón que se replica por un número importante de Estados. Según Sacerdoti, los APPRI se estructuran sobre la base de cinco capítulos relevantes: (1) el ámbito de aplicación y en particular la definición de inversión y quiénes son los inversionistas protegidos por el tratado; (2) el tipo de inversiones admitidas; (3) los estándares generales de protección y los compromisos particulares en relación con los beneficios y prerrogativas que se le otorgan al inversionista; (4) las disposiciones relativas a la expropiación y la indemnización de la misma; y (5) lo relativo a la solución de diferencias entre el Estado anfitrión y los inversionistas³²⁹, lo cual puede incluir la jurisdicción del Estado anfitrión, las reglas del CIADI o las de la

³²⁶ SORNARAJAH, M, (1994), *Op. Cit.*, p. 233.

³²⁷ VANDEVELDE, Kenneth J. (2005), *Op. Cit.*, p. 172.

³²⁸ LOIBL, Gerhard (2003), *Op. Cit.*, p. 712.

³²⁹ SACERDOTI, Giorgio (1997), *Op. Cit.*, p. 302.

UNCITRAL³³⁰.

Para efectos de este trabajo es relevante concentrarse en los dos últimos contenidos, esto es la expropiación y la solución de controversias. En lo que concierne a la expropiación todos los APPRI contienen referencias a esta materia. Así, la expropiación se considera legítima y no es contraria a la protección que se le otorga al inversionista si, en primer lugar, se lleva a cabo por motivos de interés público, en segundo lugar, no conlleva una discriminación frente al inversionista, en tercer lugar, se aplica el debido proceso, y finalmente, en cuarto lugar, si va acompañada de la indemnización correspondiente. En este último aspecto se plantea la posibilidad de que sea una indemnización proporcional o justa (*fair / just*), lo que genera dudas en relación con un renacimiento en este tipo de tratados de la Regla Hull. El término expropiación es equivalente en diversos tratados al de nacionalización y en ambos puede incluir la expropiación directa o la indirecta, que también se conoce como medidas asimilables a la expropiación (*measures tantamount to expropriation*).

La referencia a la expropiación indirecta es polémica y adquiere notoriedad a partir de su consagración en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, conocido por sus siglas en inglés como NAFTA o TLCAN en español. En dicho tratado se consagra expresamente³³¹ que las partes

³³⁰ La Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL por sus siglas en inglés) fue creada por la Resolución 2205(XXI) de la Asamblea General, el 17 de diciembre de 1966, con la finalidad de promover la armonización del derecho del comercio internacional y del derecho mercantil internacional. Para tal fin promueve técnicas de armonización legislativa por medio de tratados internacionales, leyes modelo, cláusulas tipo, y guías legislativas; técnicas explicativas, como las guías legales o las declaraciones explicativas; y técnicas contractuales, dentro de las que se encuentran las reglas UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional. Estas reglas se diferencian de las del CIADI en el entendido que las partes tienen un mayor control sobre la gestión del arbitraje. *Vid.* UNCITRAL (2007), *The UNCITRAL Guide Basic Facts about the United Nations Commission on International Trade Law*, Viena: Publicaciones de Naciones Unidas, pp. 1-48.

³³¹ El Art. 1110.1 del NAFTA establece: “Ninguna de las Partes podrá nacionalizar

deberán abstenerse de tomar de forma directa o indirecta medidas asimilables a la nacionalización o expropiación. Tal formulación implica una limitación a la capacidad reguladora del Estado, pues supone que si el inversionista resulta afectado económicamente por la reglamentación que promulgue el gobierno correspondiente, podrá controvertir dicha medida en el sentido que se le faculta para reclamar una indemnización como consecuencia de la desmejora patrimonial que supuso tal normatividad. La consiguiente reclamación se tramitará ante un tribunal internacional de arbitraje de inversiones, bien el CIADI o cualesquiera otro centro. Será el APPRI correspondiente el que determine cuál es el ente con jurisdicción y competencia para conocer de la diferencia que agita el inversionista, y allí generalmente se fija que sea el arbitraje internacional de inversiones el mecanismo por el cual se conducirá la controversia.

A pesar de que la expropiación indirecta adquiere notoriedad con su consagración en el TLCAN, el concepto ya fue empleado en los años veinte por la Corte Permanente de Justicia Internacional y por distintos arbitrajes interestatales. En la sentencia *sobre Certain German Interests in Polish Upper Silesia* (Alemania vs. Polonia), de 1926 y en el laudo arbitral sobre los armadores noruegos de 1922 (*Norwegian Ship-owners Claims*), se estableció que “(i) se da de hecho una expropiación en aquellos eventos en que la acción del Estado interfiere directamente con el derecho de propiedad, así afirme que no está expropiando; y, (ii) así la acción del Estado no tuviera el propósito de intervenir el derecho de propiedad, pero el efecto generara tal limitación, se entiende que se está dando una expropiación”³³².

ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación)”.

³³² G. C. Christie citado por REISMAN, Michael & SLOANE, Robert D. (2004), “Indirect Expropriation and Its Valuation in the BIT Generation”, en CRAWFORD, James & LOWE, Vaughan (eds.) (2004), *The British Year Book of International Law 2003 LXXIV*, Oxford: Oxford University Press, pp. 117-118.

Esto da inicio a que en distintos ámbitos del Derecho internacional el concepto de expropiación se entienda más de forma *consecuencialista* o material, que formal³³³. Lo sustancial entonces será la acción del gobierno correspondiente, independientemente del hecho que la denomine expropiación o que adquiera el derecho de dominio sobre el bien correspondiente. Reisman y Sloane afirman, en consecuencia, que la noción de expropiación indirecta se torna un concepto propio del Derecho internacional consuetudinario³³⁴.

La expropiación indirecta puede asumir dos manifestaciones, que dependen del tipo de acción que ejecute el Estado anfitrión. Por una parte la denominada *creeping expropriation* o expropiación sigilosa o subrepticia. Esta según el árbitro Highet en *Waste Management Inc. v. United Mexican States*, comprende un número de acciones por parte del Estado que tomadas por separado no constituirían expropiación alguna ³³⁵. Se debe entonces configurar una constelación de actividades políticas y normativas que conduzcan a afirmar que se está afectando la propiedad sobre la inversión, y que por tanto ésta ya no sea viable. Es el conjunto de estas acciones sumadas a lo largo del tiempo lo que posibilita generar el daño que configura la expropiación y su subsiguiente reparación por parte del tribunal de arbitraje. De allí que una sumatoria de regulaciones emitidas por un Estado las cuales generan un detrimento económico que torne a el derecho de propiedad propio de la inversión en insignificante o nulo, serán consideradas como una expropiación. De allí que este tipo de nacionalización sea de difícil prueba, y suponga un meticuloso trabajo de identificación de datos y de hechos para determinar el punto cero en el que se genera la pérdida del dominio.

El caso *Metalclad*³³⁶ que resuelve una disputa entre México y la compañía

³³³ *Ibidem*, p. 121.

³³⁴ *Ibidem*, p. 122.

³³⁵ *Ibidem*, p.123.

³³⁶ *Metalclad Corp. v United Mexican States*, ICSID Case Arb (AF)/97/1, disponible en

homónima estadounidense se convierte en la decisión clave en la que el tribunal arbitral del CIADI habilita a los inversionistas para que controviertan una medida regulatoria adoptada por un Estado, y al mismo tiempo este caso es el que resume de una mejor manera la expropiación indirecta y en particular la subrepticia. El caso se relaciona con la expedición de licencias de operación y de construcción de un vertedero, en la provincia de San Luís Potosí en México, por parte de dicha compañía de capital estadounidense. Las autoridades mexicanas competentes para las licencias eran tanto del rango estatal como regional, las cuales a su vez expedieron regulaciones posteriores que limitaban enormemente la operación proyectada por la compañía³³⁷. En enero de 1997 Metalclad dio inicio al proceso arbitral, alegando que México incumplió tres normas del TLCAN al expedir e impedir la operación del vertedero como consecuencia de la regulación ambiental vigente y de las dificultades en obtener la licencia de operación. El tribunal de arbitraje decidió a favor de la compañía, por lo cual México solicitó la nulidad del laudo ante una corte canadiense que sostuvo parcialmente la validez del mismo³³⁸.

En relación con la expropiación el tribunal consideró:

“[E]xpropriation under NAFTA includes not only open, deliberate and acknowledged takings of property, such as outright seizure or formal or obligatory transfer of title in favor of the host State, but also covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host State.

http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC542_En&caseId=C155 (última consulta 25 de marzo de 2013).

³³⁷ BERNASCONI-OSTERWALDER, Nathalie & JOHNSON, Lise (eds.) (2011), *International Investment Law and Sustainable Development Key Cases from 2000 – 2010*, Winnepeg: International Institute for Sustainable Development, pp. 73 – 74.

³³⁸ *Ibidem*, p. 75.

By permitting or tolerating the conduct of [the local authority] in relation to Metalclad which the Tribunal has already held amount to unfair and inequitable treatment breaching Article 1105 and by thus participating or acquiescing in the denial to Metalclad of the right to operate the landfill, notwithstanding the fact the project was fully approved and endorsed by the federal government of Mexico must be held to have taken a measure tantamount to expropriation in violation of NAFTA Article 1110(1)³³⁹

La segunda modalidad de expropiación indirecta es la expropiación *consecuencialista* propiamente dicha. En esta modalidad de expropiación se da un detrimento del valor de la inversión como consecuencia de actos regulatorios adoptados por el Estado anfitrión que de manera simultánea suponen un incumplimiento de la obligación asumida por éste en un APPRI de garantizar un entorno jurídico, regulatorio, y financiero estable para el inversionista extranjero. Al igual que en la subrepticia, la expropiación *consecuencialista* presenta dificultades para determinarla. Al originarse en actos que emanan de la potestad regulatoria del Estado genera la necesidad de identificar si ellos por sí mismos son los causantes de la pérdida patrimonial, y además si contribuyeron significativamente a dicha pérdida. Una vez se afirme tal situación, es necesario determinar si el detrimento no se dio por actos atribuibles al inversionista o por factores económicos exógenos que no tienen conexión con las regulaciones y actos emanados del Estado anfitrión³⁴⁰.

De forma similar a la expropiación subrepticia, es de difícil precisión el momento en el cual se genera el daño que torna inviable en clave económica/financiera la inversión. La pérdida de valor se origina por una combinación de circunstancias que conducen a afirmar que el Estado anfitrión incumple las obligaciones debidas al inversionista extranjero

³³⁹ *Metalclad v Mexico*, citado por LOWENFELD, Andreas F. (2008), *International Economic Law 2d Ed.*, Oxford: Oxford University Press, pp. 559-560.

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 130.

originadas en un APPRI, lo cual es bastante difuso en la expropiación consecucional.

En 2002 en el proceso *Feldman v México* el tribunal arbitral que operaba bajo el acuerdo adicional al CIADI³⁴¹, indicó que el origen de la expropiación indirecta se da por ciertas regulaciones que adoptan los gobiernos en un momento dado y que modifican las circunstancias económicas que hacen viable la inversión. En palabras del tribunal:

“Governments, in their exercise of regulatory power, frequently change their laws and regulations in response to changing economic circumstances or changing political economic or social considerations. Those changes may well make certain activities less profitable or even uneconomic to continue”³⁴².

A pesar que en ciertos tribunales arbitrales se plantea la posibilidad de una expropiación consecucional, es necesario concluir que la distinción que hacen *Reisman y Sloane* solo se justifica en un ámbito técnico del derecho procesal arbitral, y exclusivamente para la valoración final de la indemnización en caso de encontrarse responsable al Estado anfitrión de la generación de una daño antijurídico a la luz del APPRI correspondiente.

Por tanto, y de acuerdo con *Lowenfeld*, de las diversas decisiones arbitrales relacionadas con diferencias relativas a inversión, la constante en relación con la expropiación se da es en la cuestión de la pérdida patrimonial y no del derecho de propiedad sufrida por el inversionista. Así, esta disminución del patrimonio como consecuencia de una medida regulatoria adoptada por una

³⁴¹ El Acuerdo Adicional se creó con la finalidad de llevar a cabo arbitrajes en el CIADI, con Estados que no han ratificado el Convenio principal. En el caso del TLCAN, solo los Estados Unidos eran contratantes del Convenio, pues Canadá solo lo firmó, y México lo rechazó de plano, *Vid.* <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&language=English> (última consulta 17 de mayo de 2013).

³⁴² *Feldman v. Mexico*, ICSID case No. ARB(AF)/99/1, disponible en http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC587_En&caseId=C175 (última consulta 25 de marzo de 2013).

agencia estatal en cualquiera de los niveles del gobierno será considerada como equivalente a una expropiación indirecta en los APPRI, y en consecuencia será declarada como tal por el tribunal de arbitraje de inversiones que se constituya para el efecto. En esta modalidad de expropiación no hay claridad frente a la voluntad del Estado de producir una expropiación; esto es, el Estado no adquiere titularidad alguna sobre los bienes del inversionista.

El segundo aspecto relativo a los APPRI tiene que ver con la solución de controversias. Casi la totalidad de APPRI existentes contienen disposiciones relativas a esta materia. La mayor parte de estas disposiciones a su vez son innovadoras en el Derecho internacional, en la medida en que habilitan a actores privados el derecho de actuar contra un Estado de forma directa sin la mediación del Estado en el que están domiciliados como ocurre en la protección diplomática en la que finalmente la diferencia se resuelva o gestiona en el ámbito interestatal³⁴³. Razón por la cual la exigencia de agotar los recursos internos se convierte en la excepción y no en la regla. Por otra parte se transforma, o mejor se abandona, la protección diplomática como medida de protección del inversionista extranjero.

El arbitraje se constituye entonces en la fórmula por la que optan la mayor parte de los APPRI. A su vez, el consagrar el arbitraje asignado bien al CIADI o a las reglas de la UNCITRAL permite que los Estados anfitriones emitan una oferta de arbitraje a los inversionistas la cual aceptarán en el momento en que den inicio al proceso arbitral como tal. Con ello se acata el requisito establecido del consentimiento de las partes para acceder al arbitraje. Si el APPRI establece directamente la opción de acudir al arbitraje CIADI se da con ello cumplimiento a la exigencia establecida en artículo 25(1)³⁴⁴ de dicho convenio, se requiere además que los Estados que

³⁴³ SACERDOTI, Giorgio (1997) *Op. Cit.* pp. 436-437.

³⁴⁴ El Artículo 25(1) del Convenio CIADI establece:

suscriben el APPRI sean signatarios del CIADI o del Convenio adicional de arbitraje. La opción de la UNCITRAL supone un mayor nivel de reserva pues las decisiones arbitrales no podrán ser publicadas si las partes no lo disponen expresamente.

Las características relativamente uniformes de los APPRI y el recurrir al arbitraje como mecanismo de solución de controversias permiten identificar un cuerpo de decisiones que comparten unas características comunes³⁴⁵. De forma simultánea este mecanismo es objeto de una crítica intensa por académicos y activistas. Dichos grupos consideran que hay un límite importante a la soberanía del Estado y que en el Derecho internacional de las inversiones y en particular en los acuerdos de promoción y protección recíproca de las inversiones se opta por una protección exclusiva del inversionista en desmedro no solo del Estado anfitrión, sino de su población en general.

Las críticas, siguiendo a Bjorklund, se agrupan en ocho ámbitos: (1) se ha venido construyendo un consenso respecto de la falta de legitimidad del sistema en diversos ámbitos, pero en particular en lo relativo a la forma como se solucionan las diferencias y en la manera como opera el arbitraje internacional de inversiones que otorga preferencia a los actores privados. (2) Es necesario identificar claramente los distintos objetivos que tiene el régimen, esto es, se debe buscar un equilibrio entre el incremento de los flujos de comercio y el desarrollo sostenible. (3) Debe reconocerse expresamente a las compañías multinacionales como actores centrales del

(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

³⁴⁵ MONTT, Santiago (2007), “El surgimiento de la Generación BIT como un problema de acción colectiva: ¿dilema de los prisioneros o efectos de red?”, *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies* (Vol. 2, Is. 1), p. 2.

sistema de inversiones. (4) Ni los inversionistas, ni los Estados anfitriones son idénticos u homogéneos, la diversidad es la regla. (5) Es necesario compensar las falencias tanto de algunos Estados en vía de desarrollo como de ciertas compañías medianas y pequeñas que llevan a cabo inversión extranjera. (6) ¿Qué acomodo tendrá la inversión extranjera proveniente de los países en vía de desarrollo?, es decir, de las denominadas economías emergentes. (7) Es necesario articular el Derecho internacional de las inversiones con los otros campos del Derecho internacional, y (8) se requiere construir un sistema en clave multilateral y pluralista³⁴⁶.

Los tratados bilaterales de inversiones emergen en un momento en el cual los países en vías de desarrollo, buena parte de los cuales surgían del proceso de descolonización, cuestionaban la legitimidad del Derecho internacional de las inversiones y en particular de la denominada Regla Hull, así como de las prácticas de la denominada *gun boat diplomacy*. Este grupo de estados propugnaba por la creación de un nuevo orden mundial en el que la soberanía sobre los recursos naturales y en general económicos del Estado se erigiera como el principio rector de dicho orden. Sin embargo, dicha reivindicación que triunfó en clave jurídica al ser reconocida por la Asamblea General de las Naciones Unidas no se compaginó con el rumbo que tomó la economía global a partir de dicho momento.

La crisis del sistema monetario, conjuntamente con la del petróleo a fines de los años sesenta y comienzos de la década del setenta, va a significar una transformación de la circulación del capital y del comercio de bienes y servicios a lo largo del planeta. Esto supone que para los países en vías de desarrollo las fuentes de financiación basadas en el crédito internacional y en la ayuda internacional van a reducirse a gran escala. Para los Estados desarrollados significó un proceso de desregulación de los mercados

³⁴⁶ BJORKLUND, Andrea J. (2011), “Improving the International Investment Law and Policy System”, en ÁLVAREZ, Jose E. & SAUVANT, Karl P (eds.) (2011), *Op. Cit.*, pp. 216 – 217.

financieros, flexibilizando al máximo las formas y modalidades de inversión. Para las compañías multinacionales implicó la diversificación del riesgo político al que estaban sujetas, en muchos casos, sus operaciones en economías emergentes.

A la creciente liberalización y globalización de las finanzas y el comercio se va sumar el fin de la Guerra Fría y la transformación de las economías del este de Asia, en particular la de la República Popular China. Estos cambios van a inducir a los Estados en vías de desarrollo a competir por atraer nueva inversión extranjera y uno de los instrumentos para ello será la celebración de tratados bilaterales de protección a las inversiones.

De allí que a partir de la última década del siglo XX se incrementa exponencialmente el número de APPRI y de tratados de libre comercio). Estos se convierten en un instrumento propio de la expansión del comercio y de la inversión a lo largo del planeta y en una de las herramientas visibles de la globalización económica. En particular para las ya denominadas economías emergentes es una señal para demostrar su adhesión al nuevo estado de cosas en la economía capitalista global. Se consolida así, un orden económico en el cual el mercado es el valor predominante, el cual se aleja –al menos simbólicamente- de lo que se pretendía fuera el Nuevo Orden Económico Mundial.

La solución de diferencias entre el inversionista y el Estado que acoge la inversión será uno de los elementos medulares del nuevo sistema de APPRI y de los TLC. La necesidad de excluir la jurisdicción del Estado anfitrión de la disputa potencial entre éste y el inversionista será el punto de quiebre del régimen de APPRI. Por ello como régimen internacional autocontenido es, de acuerdo con el actual estado de cosas del orden jurídico internacional, la alternativa óptima para salvaguardar los intereses del inversionista.

El arbitraje internacional será la materialización de dicha alternativa. La modalidad del arbitraje internacional de inversiones y en particular el que

administra el Centro Internacional para la Solución de Diferencias relativas a Inversión del Banco Mundial se crea de forma concomitante con el inicio del auge de los APPRI y TLC y se constituye como el mecanismo ideal para brindar garantías suficientes al inversionista extranjero en el evento en el que su derecho de propiedad se vea amenazado.

4.2. El arbitraje internacional

El Derecho internacional de las inversiones busca proteger las inversiones hechas por los inversionistas provenientes de terceros Estados en el territorio de un país anfitrión. La garantía de un mecanismo de solución de diferencias neutro, que no sea objeto de presión por parte de las autoridades del Estado, se convierte en una de las principales preocupaciones de los negociadores de los APPRI. El arbitraje internacional de inversiones se erige como la solución adecuada para garantizar un proceso debido al inversionista y al Estado.

El arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias tiene una larga trayectoria en los asuntos internacionales, cuyo origen puede buscarse en la antigüedad clásica. En el mundo moderno, emerge como herramienta para la solución de disputas concretas entre Estados, en particular frente a diversos asuntos entre los Estados Unidos y la Gran Bretaña a partir de la independencia de aquel a finales del siglo XVIII. Con la paulatina creación de una comunidad moderna de Estados y la visibilización de un Derecho internacional como campo jurídico para regular las relaciones entre entes soberanos, se crea la Corte Permanente de Arbitraje Internacional en 1907.

A partir de allí el arbitraje internacional se comienza a distinguir entre lo que podría catalogarse como el arbitraje internacional público para resolver controversias estrictamente entre Estados, como sujetos de Derecho

internacional y por tanto como entes investidos de soberanía, y el arbitraje comercial internacional. Este último consiste en el mecanismo que permite resolver controversias entre particulares localizados en distintos Estados y que por distintas razones renuncian al foro de cualquier jurisdicción nacional. Desde la década de los años sesenta del siglo veinte emerge una tercera modalidad de arbitraje internacional, la cual es aquella que se da entre el Estado y un particular para resolver una diferencia generalmente asociada a un proyecto de infraestructura o en general a cuestiones asociadas con la inversión extranjera en sus diversas modalidades.

Es respecto de esta última modalidad de la que se ocupará la presente sección; para el efecto se sigue el análisis que, desde los Estudios Críticos del Derecho, realizaron Yves Dezalay y Brian Garth³⁴⁷ sobre el arbitraje comercial internacional, exponiendo la evolución y el auge actual del mismo, que comparte características muy similares en su funcionamiento con el arbitraje internacional de inversiones. Finalmente se identifica al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones del Banco Mundial como una institución en la que convergen la autoridad pública y privada, en la que se da una comunicación de redes de gobiernos en un campo específico y que se manifiesta como un ámbito de gobernanza global en el que confluyen especialmente particulares que actúan global y transnacionalmente con los Estados.

4.2.1. El arbitraje internacional: comercial y de inversiones

El arbitraje es un ámbito en el que interactúan autoridad pública y autoridad privada. Dicho mecanismo supone una delegación de la potestad soberana

³⁴⁷ Los trabajos de Dezalay y Garth sobre la profesión jurídica son los que cubren el espectro más amplio de la misma, y su obra sobre el arbitraje internacional no ha sido re elaborada hasta la fecha. De manera reciente los trabajos de John Flood y Fabian Sossa han intentado controvertir algunos aspectos puntuales de las conclusiones elaboradas por Dezalay y Garth, pero sin abordar un estudio a gran escala de la institución arbitral.

del Estado de administrar justicia a los particulares. Estos podrán en sus relaciones contractuales disponer que las diferencias que resultaren se ventilen no ante jueces, sino ante un tribunal de arbitraje. Por tanto los árbitros, que son particulares, se les invisten temporalmente de la facultad de adjudicar derechos en la controversia específica. El arbitraje opera tanto en el marco de lo nacional como de lo internacional. En el internacional es necesario diferenciar el arbitraje interestatal, propio del Derecho internacional público, y el arbitraje comercial internacional, característico del derecho privado y que se orienta especialmente a resolver diferencias contractuales internacionales. El arbitraje internacional de inversiones supondrá una hibridación entre estas dos modalidades de arbitraje internacional. Su fuente es un tratado internacional interestatal, pero en la controversia específica una de sus partes es un sujeto de derecho privado. De allí que la autoridad privada tenga un espacio amplio de influencia en la configuración del régimen internacional.

El arbitraje comercial internacional congrega una elite de actores privados que tienen un interés político y económico en que las controversias asociadas a los negocios internacionales se resuelvan por dicha vía. El papel de las compañías coordinadoras de servicios, esto es las firmas multinacionales de abogados³⁴⁸, es especialmente relevante pues compiten por ofrecer su pericia en arbitraje a las compañías que asesoran. Además, se identifican

³⁴⁸ No se da un criterio para definir una firma/bufete de abogados como grande o pequeño, nacional, multinacional o global; en términos generales se siguen los actores propuestos por Dezalay y Garth, allí encontramos lo que podría llamarse firmas *boutique*, especializadas en la materia arbitral o en un campo específico del derecho con interés global (propiedad intelectual, derecho de la navegación marítima, derecho aeronáutico entre otros), como la firma que resulta de una serie de fusiones de oficinas de abogados reconocidas en distintos Estados, en especial aquellos que representen un interés económico importante para la economía global. Como un ejemplo aleatorio del primer tipo puede consultarse *Lalive Avocats* en Ginebra, Suiza (<http://www.lalive.ch/>, última consulta 25 de marzo de 2013) y del segundo *Freshfields, Bruckhaus, Deringer* con oficinas a lo largo del planeta (<http://www.freshfields.com/>, última consulta 25 de marzo de 2013) o alguna de las reseñadas en el capítulo anterior.

asociaciones comerciales y regímenes privados que propician la creación de una institucionalidad respecto del arbitraje comercial internacional. Es en este espacio donde se encuentran los distintos centros internacionales de arbitraje. El centro que concentra la gestión del el mayor número de arbitrajes internacionales, principalmente comerciales, y que desarrolla un mayor activismo en defensa del mismo es la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CIACCI).

La CIACCI ha administrado más de 16000 procesos arbitrales desde su fundación. Un porcentaje superior al sesenta por ciento de los mismos han tenido lugar en los últimos treinta años. En el año 2008 se radicaron 663 casos, los cuales involucraron a 1758 partes provenientes de ciento veinte países, en 2009 se radicaron 817 solicitudes, correspondientes a 2095 partes originarias de 128 Estados, y para el año 2010 se presentaron 793 peticiones de arbitraje, involucrando a 2140 que corresponden a 140 Estados y territorios independientes, lo que evidencia el alcance global de esta organización³⁴⁹. En la definición de políticas de la CIACCI intervienen ampliamente abogados que son en su mayor parte asociados de las firmas globales de abogados y de ciertas firmas especializadas en arbitraje.

Hay igualmente campos en los que la autoridad privada interactúa con la autoridad pública, y esto es evidente en los denominados arbitrajes internacionales relativos a inversiones. En ellos se va a encontrar la interacción de un centro de arbitraje internacional, de un Estado que opera como anfitrión (*host state*), y de un particular que actúa como inversionista extranjero. Se configura el arbitraje gracias a la existencia bien de un tratado bilateral de inversiones. O bien por la incorporación en tratados de

³⁴⁹ Todos los datos provenientes de la Cámara de Comercio Internacional, disponibles para 2008 en <http://www.iccwbo.org/court/arbitration/index.html?id=26612> , para 2009 en <http://www.iccwbo.org/court/arbitration/index.html?id=34704>, y para 2010 <http://www.iccwbo.org/court/arbitration/index.html?id=41190>, (última consulta 25 de junio de 2012).

integración económica, en especial en los tratados de libre comercio, de un capítulo de protección a las inversiones.

En este tipo de arbitrajes cobra protagonismo el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones del Banco Mundial, como foro arbitral preferido por los distintos tratados mencionados en el párrafo previo. El CIADI, a pesar de ser una Organización Internacional, va a operar de una forma bastante similar a un centro internacional de arbitraje, es decir, en su actuar y operación va a parecerse más a la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, que a sus instituciones hermanas del Grupo Banco Mundial, como el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) o a la Asociación Internacional de Fomento (AIF).

Una de las manifestaciones de la globalización contemporánea es la expansión del comercio internacional en su búsqueda de consolidar un mercado global. Dentro de los diversos instrumentos que utilizan los operadores del comercio internacional se encuentran la inversión extranjera directa³⁵⁰. Esta facilita la penetración en la economía de un Estado en concreto y también posibilita la generación de economías de escala (para el inversionista) cuando se trata de segmentar el mercado por regiones afines. En este ámbito los Estados conscientes de la importancia que tiene el ser un destino de inversión extranjera, desarrollan a su vez mecanismos que

³⁵⁰ Según el Fondo Monetario Internacional se entiende por Inversión Extranjera Directa:

“[...] as International investment by an entity resident in one economy in an Enterprise resident in another economy that is made with the objective of obtaining a lasting interest. The lasting interest implies the existence of a long-term relationship between the direct investor and the Enterprise and a significant degree of influence on the Management of the enterprise. Direct investment involves both the initial transaction that establishes the relationship between the two entities and all the subsequent capital transactions between them and among affiliated enterprises, both incorporated and unincorporated.”

INTERNATIONAL MONETARY FUND (2003), *Foreign Direct Investment Statistics: How Countries Measure FDI*, Washington: IMF, p. 23.

estimulen al inversionista privado, para que adelante transacciones económicas por fuera del Estado en que se domicilia. Por tanto se da una relación estrecha entre comercio e inversión.

En ambos casos el mecanismo de solución de controversias al que se acoge el Estado anfitrión de la inversión y la compañía inversionista es el denominado arbitraje internacional de inversiones. En él, las partes (Estado e inversionista) deciden acogerse al arbitraje pues les evita ser cobijados por los tribunales del Estado anfitrión de la inversión. Además, en ocasiones el carácter secreto de ciertos procesos lo torna atractivo por las posibilidades transaccionales del mismo. El arbitraje comercial internacional podrá ser institucional cuando sigue las reglas de procedimiento de institutos acreditados como centros de arbitraje internacional, dentro de ellos se encuentran órganos como la –ya mencionada- Cámara de Comercio Internacional, *International Chamber of Commerce* (ICC), la Corte Internacional de Arbitraje de Londres, *London Court of International Arbitration* (LCIA), el Centro Internacional Arbitraje de Disputas sobre Inversión del Banco Mundial, *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID), entre otros. El seguir las reglas de procedimiento de estos centros significa que ellos ejercen cierto tipo de control procedimental respecto de la manera cómo deben operar los árbitros, definen en ciertos eventos quiénes deben ser los árbitros y verifican que las decisiones adoptadas (laudos / *awards*) estén de acuerdo a los parámetros formales definidos por el centro.

Los árbitros son sujetos particulares que se posesionan en tal calidad exclusivamente para los fines de resolver la disputa en cuestión, y que en la mayor parte de los casos se integran por tres miembros. Por regla general las partes eligen cada una a un árbitro y el tercero será designado, bien por los árbitros ya nombrados o bien por el Centro escogido para la administración de la controversia. Una vez se formaliza su investidura actúan como jueces en el sentido pleno del término. Por tanto, llevan a cabo vistas, evalúan los argumentos y las pruebas presentadas por las partes y emiten decisiones

equivalentes a las judiciales.

A pesar que el arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de controversias se utiliza de manera estandarizada desde finales del siglo XIX, en los últimos treinta y cinco años se ha popularizado de tal manera que su uso involucra disputas en las que están en juego grandes sumas de dinero, y se define como el método universalmente aceptado de resolución de controversias en los grandes negocios internacionales³⁵¹. De allí que el arbitraje comercial internacional como herramienta no judicial de solución de controversias tenga una fuerte importancia práctica, en la medida que tiene un impacto significativo en la seguridad de las inversiones globales y pretende disminuir dramáticamente los costos de transacción originados en la resolución de disputas transnacionales. El arbitraje comercial internacional se configura como una institución clave en la estructuración de los mercados internacionales. Esta evolución también propicia el surgimiento de centros de arbitraje internacional que compiten entre sí por administrar el mayor número de casos y dentro de ellos los de mayor relevancia económica.

En su momento (hasta la década de los años setenta) el arbitraje comercial internacional era visto como algo propio de ciertas elites jurídicas. Lo que en palabras de Dezalay y Garth eran los *grand old men* que apreciaban el arbitraje como una especie de deber, un apéndice a sus prestigiosas carreras de juristas, jueces o profesores de derecho³⁵². Por tanto el arbitraje para ellos no era una forma de vida ni una dimensión en la cual focalizar su carrera jurídica. Estos *grand old men* eran un club de pocos abogados, en su mayor parte de Europa occidental, en el cual el rol de abogado y de árbitro se intercambiaba de manera constante y sin mayores complicaciones o preocupaciones respecto del potencial conflicto de intereses.

³⁵¹ DEZALAY, Yves & GARTH, Bryan (1996), *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the construction of a Transnational Legal Order*, Chicago: University of Chicago Press, p. 6.

³⁵² *Ibidem*, p. 37.

Este panorama se transforma en la década de los años setenta, cuando el campo del arbitraje comercial internacional se aborda por lo que podría denominarse un nuevo grupo de “tecnócratas”³⁵³ provenientes de las grandes oficinas de abogados estadounidenses y cobijados por el papel divulgador de la Cámara de Comercio Internacional. Las firmas anglo – estadounidenses que hasta dicha década consideraban el arbitraje comercial internacional como algo marginal y desdeñable, comienzan a desarrollar una especie de avanzada en los centros internacionales de arbitraje, lo que va a transformar decididamente la magnitud y el alcance de este mecanismo. En lo que podría denominarse la banalización y masificación del arbitraje van a introducir técnicas y comportamientos propios del sistema *adversarial* del *common law* en el que era un espacio exclusivo de juristas que se auto reproducían en su papel de árbitros y abogados.

Es así, como se da una transformación del arbitraje comercial internacional en los últimos treinta y cinco años. Se implanta un modelo anglo – estadounidense en el que la competencia entre bufetes de abogados sustituye al modelo que Dezalay y Garth denominan continental³⁵⁴, en el que el arbitraje era controlado por unos “artesanos del derecho” que administraban de manera corporativa la profesión. Este cambio de modelo y de ampliación del arbitraje comercial internacional se relaciona –entre otros motivos- con la expansión de conflictos entre estados desarrollados y Estados en vía de desarrollo. Se da una acelerada participación estadounidense en la práctica arbitral ya que un buen número de exportadores de los Estados Unidos enfrentaban problemas en la ejecución de los contratos que celebraban en otros países.

La Cámara de Comercio Internacional (CCI) juega un papel central en esta expansión, incluso a costa de perder su posición cuasi-monopólica en la

³⁵³ *Ibidem*, p. 37.

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 39.

administración del arbitraje comercial internacional. Esta institución refleja un aura de confiabilidad y respetabilidad gracias a su ro fundador del arbitraje comercial internacional y a que se ocupa de desarrollar una función de promoción y pedagogía del arbitraje a lo largo del planeta, en tal sentido es la institución en la que se construye y define la política del arbitraje³⁵⁵, por medio de innumerables comités y redes de influencia que se construyen dentro de ella y en los distintos países donde tiene presencia. La CCI, por medio de su Corte Internacional de Arbitraje supervisa las designaciones de árbitros, revisa los laudos arbitrales, es sensible a las recomendaciones de las compañías que son beneficiarias de estos servicios, y por medio del Instituto de Derecho internacional de los Negocios adelanta actividades académicas. A través de la secretaría orienta el trabajo de la Corte y gerencia el crecimiento y el cambio institucional³⁵⁶. Esto último lo desarrolla en foros y redes que construye la misma CCI, lo que le permite de manera simultánea definir las políticas del arbitraje internacional y regular las relaciones del arbitraje con los distintos derechos nacionales.

Estas redes que construye la CCI representan a su vez un microcosmos del oficio del jurista internacional, que se identifica con el modelo de gobernanza postulado por Anne-Marie Slaughter³⁵⁷. Se edifica una red transnacional para regular “informalmente” una cierta materia. Red que es flexible y global, y en la cual participan los distintos actores que a nivel personal desarrollan un cierta “empatía”, que comparten un lenguaje y unos códigos comunes que les posibilitan la identificación de problemas, la construcción de soluciones que desde un punto de vista normativo se materializan o bien por vía de la administración pública –ejecutiva- o bien por medio de un acuerdo informal de prácticas. Es por ello que al permitir los órganos centrales de la CCI que se dé un debate e intercambio más personal se contribuye de manera clave al

³⁵⁵ *Ibidem*, p. 45.

³⁵⁶ *Ibidem*, p. 46.

³⁵⁷ *Vid.* SLAUGHTER, Anne-Marie (2004b), *Op. Cit.*

éxito del arbitraje comercial internacional.

La red se expande al mundo de los abogados anglo-estadounidenses y al de los provenientes de países en vías de desarrollo, inicialmente. En particular la mayor presencia de aquellos (los anglosajones), supone un cambio en la manera de conducir y definir la regulación del arbitraje comercial internacional y con ello evidencia un cierto tipo de gobernanza global basado en redes. Las grandes firmas de abogados estadounidenses han puesto en el centro de los asuntos del arbitraje cuestiones como los conflictos de intereses, la independencia y la transparencia de los árbitros. A esto se suma el hecho, que con la llegada de estas firmas, se abre al mercado de los abogados un sector del desarrollo de la profesión que estaba *cartelizado* por los *grand old men*.

Se da la creación de un modelo que en palabras de Dezalay y Garth puede catalogarse como un mercado deslocalizado y descentralizado para la administración de disputas comerciales internacionales³⁵⁸. En el que la interrelación entre instituciones e individuos es complementaria y competitiva para la expansión del modelo. El arbitraje comercial internacional se torna como una de las modalidades de gobernanza global, y lo es en la medida que supone la creación de una red de abogados que tienen intereses comunes en promocionar este tipo de justicia “privada” para resolver controversias transnacionales.

4.2.2. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)

Con el advenimiento de la descolonización en África y en Asia y con la promulgación del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales se planteaba en la década de los años sesenta la necesidad de construir un nuevo orden económico mundial. Este debate evidenciaba cada vez más el

³⁵⁸ *Ibidem*, p. 58.

distanciamiento entre los Estados desarrollados y los Estados en vías de desarrollo, la mayor parte de los cuales provenía del proceso de descolonización. De manera simultánea en dicho período se experimentaba una de las tasas de crecimiento económico más altas del siglo XX, y se apreciaba claramente la expansión de las grandes compañías multinacionales en su operación en los nuevos mercados que surgían a lo largo del planeta.

Estas compañías en muchos casos operaban en distintos ámbitos, en el campo estrictamente privado, es decir, ofreciendo una serie de productos o servicios al público consumidor en general, o en otros casos interactuando directamente con el Estado –en sus distintos niveles- para el desarrollo de proyectos de infraestructura, operación de servicios públicos y extracción, procesamiento y comercialización de recursos naturales, el factor común en los dos casos se da en que la presencia de la compañía multinacional se materializa por medio de una inversión extranjera directa. La fractura del discurso y del diálogo entre Estados desarrollados y en vías de desarrollo, comenzó a generar una tendencia a la expropiación de la inversión extranjera por parte de los Estados anfitriones en vías de desarrollo.

Al ser la entidad internacional con responsabilidades en el desarrollo a nivel global el Grupo Banco Mundial comenzó a considerar la mejor manera para evitar interminables controversias entre los Estados anfitriones y el Estado en el que estuviere domiciliada la administración de la compañía multinacional. Además era necesario encontrar una solución que tuviera en cuenta los intereses y objetivos de desarrollo económico del Grupo Banco Mundial frente a los países con un menor desarrollo económico³⁵⁹.

El plan desarrollado por el Banco Mundial era una propuesta novedosa de arbitraje, en el cual las partes en el proceso arbitral no eran dos Estados, como es el caso del arbitraje interestatal, ni dos entes privados, como es el entorno tradicional del arbitraje comercial internacional. El arbitraje

³⁵⁹ LOWENFELD, Andreas (2008), *Op. Cit.*, p. 537.

propuesto por el Banco es aquel en el que el Estado es una de las partes de la diferencia y la otra una organización privada, que tiene la calidad de inversionista extranjero. Este es entonces el fundamento del Convenio Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) que a su vez va a dar lugar al Centro Internacional de Arbitraje creado con el mismo objeto.

La estructura de la Convención es simple. En primer lugar el Estado anfitrión de la inversión extranjera y el Estado en el cual está el domicilio principal de la entidad privada inversionista, deben ser signatarios del Convenio del CIADI. Esto es interesante por dos razones, la primera pues a partir de una convención de Derecho internacional público se va a desprender un arbitraje comercial internacional mixto, en el sentido en que una de las partes del contencioso arbitral va a ser un ente investido de soberanía y el otro no lo es. La segunda razón atiende al hecho que a diferencia de las demás modalidades de arbitraje en ésta no se requiere de un pacto arbitral específico. En virtud del tratado es posible recurrir al proceso arbitral per se, como espacio institucionalizado de solución de controversias internacionales y por tanto como un ámbito de regulación de cierto tipo de asuntos globales. Es lo que se denomina el arbitraje sin pacto³⁶⁰.

En segundo lugar para que la Convención sea aplicable el Estado contratante debe otorgarle competencia específica al Centro CIADI para que conozca de las controversias de inversión en particular. Esto se da generalmente por manifestar de forma expresa, pero general, tal deseo en otro tratado. Como se mencionó arriba, generalmente se incluye en los tratados bilaterales de inversiones o en los tratados de libre comercio, que contemplan un capítulo de protección de las inversiones. También podrá dársele competencia al CIADI por un acuerdo ad hoc para resolver un caso concreto, a través de la

³⁶⁰ PAULSON, Jan (1995), "Arbitration Without Privity", *ICSID Review Foreign Investment Journal* (V. 10, No. 2), pp. 232-233

facilidad adicional, la cual fue creada con la finalidad de permitir que Estados no signatarios del CIADI acceder a los servicios de arbitraje del mismo. Es importante advertir que una vez dado el consentimiento por estas vías no podrá ser revocado³⁶¹, la única manera será denunciar la Convención, según las reglas de la misma, que son las del Derecho internacional de los tratados internacionales. Es posible, igualmente, que el Estado formule una reserva al CIADI en el sentido que pretenda agotar primero todas las instancias internas, pero hasta la fecha no ha sido presentada esta modalidad de reserva por Estado alguno. Con posterioridad, en 1977³⁶² a la entrada en vigencia de la Convención, se creó el Acuerdo Adicional (*Additional Facility*), que como se indicó arriba permite que tribunales del CIADI sean competentes para conocer controversias de Estados que no son parte del Convenio que da origen a la Institución y por tanto no son miembros del Centro³⁶³.

Tal situación es esencial para determinar la jurisdicción del CIADI. Como se anotó hay un elemento *ratione personae* consistente en que una de las partes es un Estado contratante de la Convención y el accionante que es una compañía o persona domiciliada o nacional de otro Estado signatario³⁶⁴, y que ejecute una inversión en el territorio del Estado anfitrión de la misma. En el evento de las personas jurídicas la cuestión de la nacionalidad debe verificarse al momento de la emisión del consentimiento correspondiente, pues no podría ser al momento de la diferencia pues no se daría cumplimiento a que sea un nacional de otro Estado.

Un aspecto importante a considerar es la cuestión de la norma aplicable por parte de los árbitros a la controversia de inversión que los convoque. En este

³⁶¹ LOWENFELD, Andreas (2008), *Op. Cit.*, p. 538.

³⁶² LEW, Julian D. M., MISTELIS Loukas A., & KRÖLL, Stefan M (2003), *Comparative International Commercial Arbitration*, La Haya: Kluwer Law, p. 774.

³⁶³ Por medio de este Acuerdo Adicional se vincula al CIADI la mayor parte de las controversias asociadas a inversión del TLCAN, ICSID (2008), *Annual Report 2008*, p. 12.

³⁶⁴ BROCHES, Aron (1991), *Arbitration under the ICSID Convention*, Washington: International Centre for Settlement of Investment Disputes, p. 3.

tipo de arbitrajes internacionales, a diferencia de lo que sucede en los arbitrajes en los que se buscan resolver controversias del resorte estrictamente privado, no existe un pacto arbitral que defina la legislación aplicable a la controversia concreta. El texto adoptado en la Convención busca dar una respuesta concreta al asunto, en parte debido al trabajo preparatorio de la misma, en el que se intentó generar un consenso entre los Estados miembros del Banco Mundial, en particular frente a los países en vía de desarrollo³⁶⁵. Por tanto, se redactó el Artículo 42 (1)³⁶⁶ que fija de manera amplia la legislación a aplicar por parte de los árbitros, para resolver la controversia de inversión entre un Estado y la compañía afectada.

En tal sentido el tribunal arbitral deberá decidir la controversia de acuerdo con las normas que fijaren las partes. En ausencia de tal indicación el Tribunal decidirá con las normas correspondientes al ordenamiento jurídico del Estado signatario de la Convención y con las normas de Derecho internacional que fueren pertinentes para el efecto. A pesar que esto supone una igualdad de las normas nacionales, la mayor parte de los laudos arbitrales han decidido con base en el Derecho internacional, y no con fundamento en el derecho nacional del Estado signatario de la Convención.

Pareciera que esa fue la intención de quienes concibieron la Convención, como se desprende de los señalamientos hechos por Aron Broches, quien fuera el primer Secretario General del CIADI, citado por Lowenfeld:

“The Tribunal will first look at the law of the host State and that law will in the first instance be applied to the merits of the dispute. Then the result will be tested against international law. That process will not involve the confirmation or denial of the host

³⁶⁵ LOWENFELD, Andreas (2008) *Op. Cit.*, p. 539.

³⁶⁶ El Artículo 42(1) de la Convención establece:

“Artículo 42

(1) El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de Derecho internacional privado, y aquellas normas de Derecho internacional que pudieren ser aplicables.”

State's law, but may result in not applying it where that law, or action taken under that law, violates international law. In that sense [...], international law is hierarchically superior to national law under Article 42(1)³⁶⁷.

Por tanto se encuentra que desde la elaboración del proyecto de la Convención se tenía la intención que la aplicación del Derecho internacional fuera relevante y fundamental para los árbitros. De esta forma es posible fijar una norma de conflicto para determinar cuándo el Derecho internacional será aplicable por parte de ellos. Los árbitros deberán en primer lugar aplicar el Derecho internacional cuando las partes así lo han establecido, en segundo lugar cuando la legislación del Estado anfitrión fije que se debe aplicar el Derecho internacional. En tercer lugar cuando la materia objeto de controversia está directamente reglada por el Derecho internacional, como podría ser el caso del tratado de libre comercio o de un convenio bilateral del inversión. Finalmente cuando del derecho del Estado anfitrión se desprenda una clara violación al Derecho internacional. Esto último es un punto sujeto a controversia que presenta diversas opiniones; según Vives Chillida refleja un problema más complejo que se refiere a la “cuestión de calibrar el peso que han de tener en la solución de la controversia el Derecho interno y el Derecho internacional, en particular los principios generales del Derecho”³⁶⁸.

Un aspecto final que caracteriza al arbitraje del CIADI, y que se considera lo enmarca dentro de los patrones de la gobernanza global, es la manera como operan los procedimientos de revisión del laudo arbitral. Estos procedimientos son por una parte autónomos de cualquier regla de procedimiento nacional y en consecuencia no podrán ser revisados por juez nacional alguno. Por otro lado, la competencia para su revisión se da por medio de tribunales ad hoc creados por el mismo CIADI. Los

³⁶⁷ Citado por LOWENFELD, Andreas (2008), *Op. Cit.*, p. 539.

³⁶⁸ VIVES CHILLIDA, Julio Andrés (1998), *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, Madrid: McGraw-Hill, p. 195.

procedimientos son por una parte rectificación, interpretación y revisión y por la otra la nulidad del laudo. La rectificación, interpretación y revisión serán resueltas por el mismo tribunal a menos que ya no sea posible reunirlos nuevamente en su calidad de tal, y para ello se constituiría un tribunal ad hoc. Pero donde se refleja aun más la autonomía del arbitraje CIADI como campo de gobernanza global es en el procedimiento de nulidad del laudo. Allí el Convenio establece la creación de un comité ad hoc que se integra por tres miembros elegidos de la lista de árbitros del CIADI y designados por el presidente del Comité Administrativo³⁶⁹. El Comité se ocupará de revisar las causales de nulidad y pronunciarse si esta se da y de darse si hay lugar a una nulidad plena o parcial del laudo. Este procedimiento, contemplado en el Artículo 52 del Convenio³⁷⁰, busca evitar que las cuestiones de nulidad se ventilen ante los tribunales nacionales dilatando la ejecución del laudo³⁷¹. Es precisamente en este tipo de cuestiones donde se aprecia que los arbitrajes del CIADI constituyen un espacio autónomo de regulación deslocalizado de la autoridad estatal, característico de un contexto globalizado, y que se constituye en un elemento o campo de gobernanza global.

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 200.

³⁷⁰ El Artículo 52 del Convenio establece las causales por las cuales puede solicitarse la nulidad del laudo arbitral CIADI, el texto del mismo dispone:

“[...] Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General fundado en una o más de las siguientes causas:

- (a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente;
- (b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades;
- (c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal;
- (d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o
- (e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.” [...]

³⁷¹ LEW, Julian D. M., MISTELIS, Loukas A., & KRÖLL, Stefan M (2003), *Op. Cit.*, p. 792.

4.3. El arbitraje del CIADI como un régimen propio de la gobernanza global

En el andamiaje institucional del arbitraje internacional de inversiones se encuentra el Centro Internacional de Arbitraje, en este caso representado por el CIADI, que se compone de dos tipos de partícipes, el primero de ellos es la burocracia del Centro, la cual es sorprendentemente pequeña para una organización internacional ³⁷², y por la otra las listas de árbitros y conciliadores, que son individuos que encuadran en su mayor parte dentro de los modelos descritos por Dezalay y Garth en relación con el entorno del arbitraje comercial internacional. Por otro lado se encuentran los Estados que han suscrito el Convenio CIADI³⁷³ y que además han celebrado un tratado adicional en el que aceptan que una controversia asociada con una inversión extranjera hecha en su territorio, se resuelva por vía arbitral y que el Centro designado sea el CIADI. Este tratado adicional generalmente – como ya se indicó- asume la forma de un tratado de libre comercio o un tratado bilateral de protección a las inversiones³⁷⁴. Finalmente encontramos el inversionista extranjero, que es generalmente una compañía multinacional.

Para llegar ello los funcionarios de gobiernos llevaron a cabo negociaciones de acuerdos comerciales de libre comercio y de protección de inversiones. Estos funcionarios, siguiendo a Slaughter, pueden formar entre sí redes de

³⁷² 35 personas incluyendo Secretario General, Abogados, paralegales y financieros, según ICSID (2011), *Annual Report 2011*, Washington: ICSID, p. 2.

³⁷³ 158 Estados han suscrito el Convenio y lo han depositado 147, siendo estos los Estados contratantes. Ver http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=MemberStates_Home (última consulta 25 de marzo de 2013).

³⁷⁴ La información relativa al número de acuerdos de promoción y protección recíproca de las inversiones puede consultarse en [http://unctad.org/en/Pages/DIAE/International%20Investment%20Agreements%20\(IIA\)/Country-specific-Lists-of-BITs.aspx](http://unctad.org/en/Pages/DIAE/International%20Investment%20Agreements%20(IIA)/Country-specific-Lists-of-BITs.aspx) o en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ViewBilateral&reqFrom=Main> y la correspondiente a los tratados de libre comercio en <http://rtais.wto.org/UI/PublicMaintainRTAHome.aspx>, (todos consultados por última vez 25 de marzo de 2013).

comunicación bastante fluidas y deslocalizadas. Esto en la medida en que buena parte de dichos burócratas transitan entre ministerios, secretarías del orden económico tanto en el nivel doméstico, como en el ámbito internacional. Estos funcionarios al mismo tiempo se conectan con la burocracia de las organizaciones internacionales intergubernamentales del orden económico, esto es Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional u Organización Mundial del Comercio. Por tanto, se encuentran inmersos en una comunidad que participa de unos valores comunes y se comunica constantemente, lo que genera un estado de cosas en el que se da un entendimiento claro de la mejor forma de cómo deben regularse ciertas materias. De allí que se dé un crecimiento exponencial en la celebración de APPRI, seguido de la negociación de tratados de libre comercio en los que se incorpora un capítulo regulatorio de las inversiones que lleven a cabo compañías de los Estados involucrados en la creación del acuerdo en el territorio del otro.

A su vez estos tratados van a partir de la premisa que es necesario garantizar la “seguridad jurídica” al inversionista, pues éste es un gran promotor del crecimiento económico. Esta seguridad jurídica se va a manifestar en el hecho que el acudir a la jurisdicción del Estado en el que se ejecuta la inversión es *per se* una desventaja, la cual debe compensarse por vía de la regulación internacional. Esta compensación se va a dar por vía del recurso al arbitraje comercial internacional en su modalidad de arbitraje de inversiones. Como ya se comentó, en el arbitraje internacional de inversiones el Estado por vía de un tratado internacional va, según la terminología de Slaughter, desagregar su soberanía para que en los eventos en que se genere una controversia con un inversionista extranjero, la mismas se ventilen no ante el tribunal nacional, sino ante un tribunal de arbitraje internacional. De esta manera la disputa va a ser un contencioso entre iguales, entre pares. Allí ya el Estado no va a estar en su calidad de soberano, sino de agente de negocios, de parte “contractual” y lo va a estar en una situación de defensa.

Quienes agitan las controversias van a ser las compañías inversionistas, las cuales consideran que ciertos actos del Estado, generalmente del orden regulatorio, afectan gravemente la viabilidad financiera de la inversión realizada en el territorio de éste.

Se identifica una comunidad de individuos que considera que la mejor manera para agenciar este tipo de situaciones es por vía de un mecanismo alternativo de solución de diferencias, es decir, por medio del arbitraje. Que este sea un arbitraje internacional del tipo del de inversiones y que el foro para su administración sea el Convenio CIADI, y que éste actúe como centro de arbitraje internacional. A esto se aúna que el arbitraje CIADI va a ser un tipo de arbitraje deslocalizado y reglado en su integridad, en lo que concierne a su procedimiento, por normas internacionales en sentido estricto³⁷⁵.

En consecuencia, es posible identificar la construcción paulatina de un ámbito de regulación global para efectos de brindar garantías a la inversión extranjera. Lo cual se evidencia en el alto número el número de Estados vinculados al CIADI, en el incremento exponencial del número de acuerdos para la promoción y la protección recíproca de las inversiones y de los tratados de libre comercio que incorporan un capítulo de inversiones en los últimos veinte años, y finalmente por el aumento en la utilización del CIADI como centro para la resolución de este tipo de conflictos.

Según el Informe Anual del CIADI para el año 2011, el número de casos

³⁷⁵ Se utiliza esta expresión para distinguirlo de los reglamentos de otros centros de arbitraje internacional, que podrían encuadrarse dentro de las distintas manifestaciones del *soft law*. Las reglas del CIADI están consagradas en un Tratado internacional que es el Convenio CIADI, por oposición los reglamentos de la Cámara de Comercio Internacional, del Centro Internacional de Arbitraje de Londres, del Centro Internacional de Arbitraje de Singapur, del de Estocolmo entre otros, los cuales son acuerdos del orden privado al que se acogen las partes en un momento determinado. Las reglas de la UNCITRAL sobre el arbitraje comercial internacional son un acto administrativo de la Comisión para que sean acogidos bien por las partes (en el mayor número de los casos) en los arbitrajes no institucionales o bien por el Estados como ley modelo.

administrados creció en un veinte por ciento (20%)³⁷⁶, lo que significa un total de 159³⁷⁷ casos administrados por el Centro en un mismo año, lo cual en sus propias palabras supone el máximo número por año que éste ha acogido³⁷⁸, esto a su vez supone 32 procesos arbitrales nuevos (de los cuales 25 se originaron como consecuencia de un APPRI)³⁷⁹ y un total de 345 en toda su historia³⁸⁰. Además las sesiones de los distintos tribunales de arbitraje se celebraron no sólo en la sede del Centro, Washington, DC, sino en Europa y en Asia, y se designó a 82 individuos de 37 nacionalidades³⁸¹ para que obraran como árbitros en dichos tribunales. Esto evidencia el carácter global del actuar del CIADI, su marcada deslocalización, y como en él se comienza a configurar esa red transnacional de especialistas que se comunican entre sí y que por tanto posibilitan la generación de regulaciones en los asuntos relacionados con las controversias de inversión, como una manifestación concreta de gobernanza global.³⁸² También es posible apreciar la paulatina creación de esa clase especial, de esa elite, visibilizada por Dezalay y Garth, en relación con los abogados que se ocupan de este tipo de asuntos y procedimientos.

En este punto es importante destacar que si bien el CIADI es un Centro que tiene una naturaleza jurídica organización internacional intergubernamental, su operación presenta las características propias de la actividad privada. Por una parte, un equipo de trabajo con un componente altamente técnico, esto es se ocupan del manejo de los casos, de los asuntos financieros y un mínimo

³⁷⁶ ICSID (2011), *Op. Cit.*, p. 6.

³⁷⁷ *Ibidem*, pp. 25 – 26.

³⁷⁸ *Ibidem*, p. 25.

³⁷⁹ *Ibidem*, p. 25.

³⁸⁰ *Ibidem*, p. 22.

³⁸¹ *Ibidem*, p. 6.

³⁸² Un ejemplo se aprecia en la recurrencia a la decisión *Chorzow* promulgada en 1928 por la Corte Permanente de Justicia Internacional, como fuente sustancial de la reparación por parte de los Estados a los inversionistas, la cual al mismo tiempo sirve como fuente de legitimidad jurídica a los distintos tribunales de arbitraje, en la medida que recurren a un fallo de un tribunal judicial internacional.

de los aspectos administrativos ³⁸³. Por la otra un nómina pequeña, eliminando con ello la típica crítica de una gran burocracia ociosa. Al mismo tiempo los individuos que se designan en la lista de árbitros son sujetos que responden claramente a las características desarrolladas tanto por Slaughter para los miembros de las redes transnacionales, esto es sujetos que transitan entre lo público y lo privado, que comparten conocimiento y pericia en áreas del conocimiento específicas y que su actuar es transnacional, como por Dezalay y Garth para los que se ocupan del arbitraje internacional, abogados de reconocido prestigio, que han hecho una carrera marcadamente internacional, especialmente en el ámbito de los negocios.

La discusión frente al arbitraje internacional de inversiones del CIADI es posible encuadrarla en la visión de los practicantes y la perspectiva de los críticos. Desde la mirada de los abogados que litigan en arbitraje, las cuestiones a analizar son predominantemente del orden técnico. Estos se concentran en discutir cuestiones de derecho procesal arbitral y de cómo las partes pueden legitimarse y buscar una mayor eficiencia en el proceso del arbitraje internacional de inversiones.

Para los abogados que conforman los despachos globales la mayor preocupación en relación con el régimen del arbitraje internacional de inversiones es que éste funcione de forma óptima para proteger al inversionista. Por una parte algunos autores como Wälde, estiman que el inversionista es la parte débil del proceso arbitral de inversiones y que éste por tanto está legitimado para obtener un trato preferencial en dicho proceso³⁸⁴. En consecuencia defienden que las herramientas procesales con

³⁸³ De conformidad con el Reporte Anual las divisiones se denominan: *Secretary-General* (1), *Legal Staff* (15), *Financial and General Administration Staff* (5), *Paralegal, Administrative and Client Support Staff* (9). Las otras instituciones del Grupo Banco Mundial brindan el resto del soporte administrativo para el funcionamiento del CIADI, equiparándose a un *outsourcing*.

³⁸⁴ WÄLDE, Thomas W (2010), "Procedural Challenges in Investor Arbitration under the Shadow of the Dual Role of the State", *Arbitration International* (V. 26, No.

las que cuenta el inversionista extranjero son necesarias para compensar el desequilibrio que representa el demandar a un Estado en un proceso arbitral internacional. Wälde estima que la mayor parte de los inversionistas que acuden al arbitraje internacional de inversiones son compañías de tamaño medio y no la gran empresa multinacional. No es claro en las razones por las cuales emite tal afirmación, simplemente se limita a indicar que la gran compañía multinacional acude generalmente a otro tipo de procedimientos tanto jurídicos, como políticos para resolver las diferencias que un momento dado se den con el Estado anfitrión.

Por su parte Burgstaller y Rosenberg consideran que el régimen del CIADI puede tornarse inconveniente para el inversionista. El uso recurrente por parte de los Estados anfitriones del recurso de anulación del laudo o que se permita la intervención de terceros, el denominado *amicus curiae*, obstaculiza el carácter óptimo del proceso. Afirman, que el hecho que la opción de controvertir la legalidad del laudo por vía de la nulidad, desvirtúa la naturaleza del arbitraje y en concreto el propósito fundacional del arbitraje CIADI que sus laudos son definitivos³⁸⁵. Por tanto los inversionistas deberían optar por el arbitraje según las reglas de la UNCITRAL³⁸⁶ que les otorga un mayor control y privacidad del proceso. Además consideran que los tribunales del CIADI que resuelven la nulidad de los laudos, no son conformados por expertos y que el inversionista tendría mayores garantías que las nulidades se ventilen ante los jueces del Reino Unido, de Francia, de

1), p. 14.

³⁸⁵ BURGSTALLER, Markus & ROSENBERG, Charles B. (2011), “Challenging International Tribunal Awards: To ICSID or not to ICSID”, *Arbitration International* (V. 27, No. 1), p. 51.

³⁸⁶ El arbitraje del Centro de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional –UNCITRAL por sus siglas en inglés- no es institucional como el del CIADI, sino que es un reglamento autónomo que las partes, Estado e inversionista, administran directamente. Se podrá impugnar el laudo por vicios de nulidad ante la jurisdicción en la cual se asentó el tribunal *ad hoc*. Según los autores la mayor parte de los arbitrajes UNCITRAL fijan como sede un Estado desarrollado y en particular EE. UU., Suiza, Francia y el Reino Unido, en particular Inglaterra.

Suiza, o de los Estados Unidos toda vez que en estos foros se descartan con mayor frecuencia las solicitudes de nulidad de los laudos arbitrales³⁸⁷. Fundamentan su afirmación con base en una encuesta realizada a 198 expertos en arbitraje³⁸⁸.

Otro aspecto problemático es la cuestión del conflicto de intereses. Gracias a su especialidad, el arbitraje internacional de inversiones supone la intervención de un número limitado de árbitros y de firmas. Esto conlleva que en diversas ocasiones quien en un proceso arbitral fue designado árbitro, en otro proceso sea el abogado asesor del inversionista extranjero demandante o viceversa. Esta doble condición ha sido rechazada por diversos críticos de la estructura actual del arbitraje internacional de inversiones. Sin embargo, no se registra como problemática para los operadores de éste.

Nassib Ziadé, ex secretario general adjunto del CIADI, plantea esta problemática en la revista oficial del CIADI. Expone cuatro modalidades de conflicto de intereses. De las cuales sólo le preocupa la cuarta, que expone como el evento expuesto en el párrafo anterior. Remite a una decisión del 18 de octubre de 2004 de la Corte de Distrito de La Haya (Holanda)³⁸⁹, en la cual se plantea frente a dicho tribunal la impugnación de un laudo entre otras causas por el conflicto de intereses que afronto uno de los árbitros por dicho motivo. El tribunal le exigió al individuo recusado elegir entre ser el abogado asesor o ser árbitro. Pero este caso es uno de los pocos en los cuales se le exige a un árbitro elegir entre tal función y la de consejero de una de las partes. Es frecuente que las solicitudes de recusación a los árbitros sean resueltas de forma negativa por ellos mismos.

³⁸⁷ BURGSTALLER, Markus & ROSENBERG, Charles B. (2011), *Op. Cit.*, pp. 100 – 106.

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 94.

³⁸⁹ ZIADE, Nassib G. (2009), “How Many Hats Can a Player Wear: Arbitrator, Counsel and Expert?”, *ICSID Review Foreign Investment Law Journal* (V. 24, No. 1), p. 56.

Finalmente, desde las perspectivas críticas de la actual estructura del arbitraje internacional del CIADI, se ubica el Instituto para el Desarrollo Sostenible con sede en Canadá³⁹⁰. Las críticas se centran en la desproporción de medios con que cuentan tanto los Estados desarrollados, como las compañías multinacionales frente a la debilidad estructural de buena parte de los Estados en vías de desarrollo. Además se critica el desequilibrio entre las obligaciones del Estado anfitrión y los derechos del inversionista extranjero.

Desde el ámbito de la económica política internacional el trabajo de Gus van Harten es el que más aboga por una transformación total del sistema del arbitraje internacional de inversiones, en especial defiende la causa de la creación de un tribunal permanente de arbitraje de este tipo. En el Derecho internacional algunos juristas como el ex juez de la Corte Internacional de Justicia Thomas Buergenthal llaman la atención sobre los problemas de conflicto de intereses y de la necesidad de unificar las decisiones de los árbitros³⁹¹, al estilo de la jurisprudencia de otros tribunales internacionales. A pesar de la existencia de estas posiciones críticas frente al funcionamiento del régimen del arbitraje internacional de inversiones, las firmas globales de abogados parecen no percatarse de ello, y por el contrario adelantan una gran actividad de divulgación académica, en relación con el funcionamiento del sistema arbitral del CIADI en particular y del de inversiones en general. No se identifica que cuestionen el sistema, de hecho se evidencia en la literatura originada en este sector, una satisfacción con el mismo. En aquellos eventos en los cuales la presión de actores externos pareciera introducir un nivel de apertura del sistema, los agentes privados identificarán salidas para conservar el carácter autocontenido del régimen.

³⁹⁰ Vid. MANN, Howard & von MOLTKE, Konrad (2005), *A Southern Agenda on Investment? Promoting Development with Balanced Rights and Obligations for Investors, Host States and Home States*, Winnepeg: Institute for Sustainable Development, pp. 1 – 30.

³⁹¹ Vid. BUERGENTHAL, Thomas (2006), “The Proliferation of Disputes, Dispute Settlement Procedures and Respect for the Rule of Law”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* (V. 21, No. 1) pp. 126 - 131

El Centro para la Justicia Global de la Universidad de Nueva York se ocupa recientemente de la cuestión del arbitraje internacional de inversiones. Entre los autores que se ocupan de la cuestión del arbitraje de inversiones se encuentran José Álvarez y Tai-Heng Cheng, entre otros, y su hipótesis afirma que las críticas que genera el arbitraje internacional de inversiones, en especial las correspondientes a los tribunales CIADI, son exageradas en la medida en que los árbitros aplican de forma coherente el Derecho internacional aplicable al caso.

Se aprecia entonces que la función del CIADI es objeto de controversia en la doctrina tanto del Derecho internacional económico, como de la política económica internacional. Sin embargo, en dichos trabajos no se enfatiza e incluso se omite la actividad de las oficinas globales de abogados en la configuración y funcionamiento del régimen. Por tanto es necesario, analizar la intersección de los despachos de abogados con el régimen del CIADI, y con ello preguntarse si se está ante la presencia de un régimen en el que tiene una alta influencia la autoridad privada.

Resulta fundamental determinar si los árbitros y las oficinas globales de abogados constituyen una manifestación de la autoridad privada en la gobernanza global. La autoridad privada en la gobernanza global contemporánea es una característica central de las relaciones internacionales postguerra fría. Los diversos esquemas de regulación de los asuntos globales requieren de la intervención de actores no estatales para poder abordar la diversidad de temas y problemas que se dan en las relaciones internacionales contemporáneas. La globalización en sus diversas facetas y modalidades limita el papel del Estado y potencia el de otros actores para intervenir en dichos procesos de gestión y de gobernanza. Las concepciones clásicas del Derecho internacional y de las Relaciones Internacionales por su concentración en el Estado, se muestran insuficientes para abordar este tipo de dinámicas, las que se caracterizan por su fragmentación, desconcentración y su multipolaridad. Quien ejerce funciones de gobernación en los asuntos

globales debe contar con un nivel de autoridad suficiente para influir de forma legítima en la conducta de otros.

La limitación de las teorías de las Relaciones Internacionales y del Derecho internacional, reside en el hecho que esta legitimidad de la autoridad siempre está asociada a lo público o a la naturaleza pública de quien está investido de ella. Por ello la cuestión de la autoridad privada resulta problemática y de difícil encuadre para estas miradas. Sin embargo, la presencia de actores privados que reclaman ser una autoridad es un hecho en las Relaciones Internacionales contemporáneas y gracias a ello permea los procesos del Derecho internacional.

Las nociones tradicionales de autoridad en las relaciones internacionales derivan de concepciones *weberianas* del Estado como actor dominante en la política internacional. Se da una presunción dentro de la mayor parte de las teorías de las relaciones internacionales, la cual es consistente con la percepción de Max Weber, según la cual el ámbito de lo interno es sustancialmente diferente del entorno internacional. Para Weber la esencia del Estado es el reclamar el monopolio del uso de la fuerza dentro de un territorio determinado. De forma que la autoridad de la mayor parte de los Estados se legitima sobre la base de contar con la obediencia de sus ciudadanos, establecimiento un orden jurídico, un Estado de derecho en el que la coerción física es implícita³⁹².

Desde las perspectivas más tradicionales, dicha capacidad para reclamar autoridad legítima para ser obedecido está ausente en el sistema internacional. La política internacional tiene lugar en un entorno en el que supuestamente reina la anarquía. La autoridad que los Estados ejercen sobre sus ciudadanos es la que daría lugar a una relación de agentes para interactuar

³⁹² Citado por HALL, Rodney Bruce & BIERSTEKER, Thomas J. (2002) "The emergence of private authority in the international system", en HALL, Rodney Bruce & BIERSTEKER, Thomas J. (eds.), *The Emergence of Private Authority in Global Governance*, Cambridge: Cambridge University Press, p. 3.

con otros Estados en la sociedad internacional.

Sin embargo durante los últimos 25 años se pone de presente que el ámbito de lo internacional se desarrolla de forma tal que dicha perspectiva estatista de las relaciones internacionales se queda, por decir lo menos obsoleta. Es claro que existen diversos niveles y grados de orden y de acción institucionalizada en el sistema internacional que implican una reconfiguración del papel del Estado como actor en las relaciones internacionales y al mismo tiempo supone la definición y configuración de otro tipo de actores, con distinto grado de autoridad, en ellas.

La autoridad que reclaman estos nuevos actores de las relaciones internacionales debe ser percibida como legítima en el sistema internacional, para que pueda operar dentro del canon del orden jurídico y del Estado de derecho (*rule of law*) propio de un sistema internacional liberal. En lo que corresponde a la autoridad privada la cuestión de la legitimidad se torna más compleja, pero es recurrente la explicación de los teóricos de las relaciones internacionales que se ocupan de ella, de desvincular autoridad legítima del poder público.

Al mismo tiempo es necesario preguntarse si es posible revertir este proceso de surgimiento y consolidación, de la autoridad privada. Autores como Louis Pauly, citado por Biersteker y Hall, defienden con vehemencia que el hecho que los actores privados, y en particular los mercados dependan en última instancia de los fundamentos políticos del Estado, la autoridad pública podrá en cualquier momento recuperar sus prerrogativas³⁹³. Este proceso, potencial, de recuperar la autoridad por parte de lo público puede analizarse desde una perspectiva institucional y normativa. La institucional se refiere a la capacidad de los actores privados de fijar estándares que son reconocidos y

³⁹³ HALL, Rodney Bruce & BIERSTEKER, Thomas J. (2002) "Private authority as global governance", en HALL, Rodney Bruce & BIERSTEKER, Thomas J. (2002) (eds.), *The Emergence of Private Authority in Global Governance*, Cambridge. Cambridge University Press, p. 213.

a los que se adhieren otros. La normativa se orienta a la aceptación general de una idea más abstracta, según la cual los mercados serán los que determinen los procesos de toma de decisiones sobre ciertos asuntos importantes.

Cutler por su parte afirma que la autoridad privada desde su perspectiva institucional oscila desde normas informales y prácticas seguidas por las compañías en distintos niveles hasta regímenes altamente institucionalizados. El arbitraje internacional de inversiones estaría más cerca de este nivel. Así la autoridad de los actores privados institucionales se fundamenta en su capacidad de fijar estándares en el ámbito de la tecnología, la industria y la regulación los cuales son reconocidos y seguidos de forma legítima por otros actores. Es en este ámbito la función de los abogados tanto como miembros de firmas con alcance global y en especial como árbitros permite afirmar su carácter de autoridad con un alto nivel de institucionalización, en el régimen del arbitraje internacional de inversiones, pues los laudos emitidos configuran las reglas de un sistema jurídico particular que es el del Derecho internacional de las inversiones.

La autoridad normativa se fundamenta en la aceptación de formas de toma de decisiones basadas en el mercado. Si bien el reconocimiento externo es necesario para constituir o predicar la autoridad, esta modalidad de autoridad privada se soporta sobre el poder inherente del poder privado de controlar la movilidad y la productividad del capital, así como de su capacidad de generar nuevas tecnologías de producción en un sentido amplio³⁹⁴. La dimensión normativa es claramente apreciable en el contexto de los abogados y en especial en relación con los árbitros; estos individuos manifiestan su autoridad mediante la elaboración de prescripciones con pretensiones de universalidad y así afirmar la deferencia de terceros frente a sus decisiones. La función de los árbitros por medio de los laudos en la arena de las

³⁹⁴ *Ibidem*, p. 214

inversiones internacionales, es esencialmente normativa pues pretende la coherencia del funcionamiento jurídico del sistema. Los abogados en su función de divulgación del arbitraje internacional de las inversiones proveen las tecnologías del derecho y el capital para que este mecanismo sea utilizado por todos los actores y operadores jurídicos a lo largo del planeta, y esto incluye a los Estados como usuarios del mismo.

También es posible identificar una autoridad privada moral, la cual refleja las diferentes aserciones sobre la cual se fundamenta, a saber, conocimiento, neutralidad o superioridad normativa. Algunos actores privados poseen autoridad moral gracias a su capacidad de proveer conocimiento y consejo sobre un asunto esencial. Otros, la reclaman gracias a una combinación de lo anterior, a lo que se suma el carácter plausible y neutral de sus juicios frente a una cuestión controvertida. También puede reconocerse autoridad privada moral por aserciones normativas que son socialmente reconocidas como moralmente superiores y trascendentes a posiciones políticas rivales. Lo cual no es cosa diferente de lo que el CIADI requiere para los árbitros, lo cual a su vez se refuerza con el alto interés de vincular la actividad académica con la actividad profesional. El manto de autoridad moral que confiere el mundo de la investigación y de la ciencia del derecho es esencial para que estos sujetos puedan ser considerados como una autoridad en los asuntos relacionados con los negocios internacionales y en especial con las inversiones.

En este contexto Biersteker y Hall proponen una tipología de autoridad privada en los asuntos internacionales, se añade una categoría adicional a la de estos autores que permite ver la cual se modifica para incluir a los árbitros y a los bufetes globales de abogados. El cuadro número cuatro esquematiza los tipos de autoridad, enunciados.

De forma reciente autoras como Avant, Finnemore y Sell han refinado más el concepto de gobernanza global y de autoridad privada. A estas autoras les importa tanto la gobernanza como quienes son los que ejercen dicha acción

de gobernar, lo que ellas denominan los gobernadores globales. Afirman su posición alegando que es necesario resaltar que los Estados no son estos gobernadores, toda vez que la arena de la política global está integrada por una gran variedad de actores.

Estos nuevos actores no solo ocupan una posición en las estructuras globales, sino que son agentes y participes activos de los distintos regímenes en los que operan. Son nuevos elementos que propugnan por un nuevo tipo de estructuras y de reglas para afrontar los problemas, modificar resultados y transformar la vida internacional. Por tanto los nuevos gobernadores globales están involucrados en procesos, los que son en su esencia políticos y dinámicos. Estos procesos son políticos en la medida en que el poder y la capacidad de movilización son los elementos clave para lograr la consolidación de su posición dentro del esquema de gobernanza de un régimen en particular.

En tal sentido los denominados gobernadores globales son aquellas autoridades que ejercen algún tipo de poder más allá de las fronteras nacionales, con el objetivo de influir en una determinada política. Por tanto este tipo de autoridad fija agendas, pone temas sobre la mesa, define e implementa reglas y programas, y evalúa o adjudica los resultados y las controversias³⁹⁵. Avant, Finnemore y Sell proponen identificar el proceso a través del cual estos gobernadores globales obtienen y ejercen autoridad. Para ello se centran en dos tipos de relaciones la primera entre el gobernador y los gobernados y la segunda de los gobernadores entre ellos. Para estas autoras es necesario centrarse más en el carácter de las relaciones y no necesariamente en el tipo de autor, de esta forma las relaciones entre gobernadores y las que se dan entre gobernadores y gobernados son la clave para comprender la política global contemporánea.

³⁹⁵ AVANT, Deborah, FINNEMORE, Martha & SELL, Susan K. (2010), *Op. Cit.*, p. 2.

Los cambios en los últimos 25 años son claves para comprender la política contemporánea, toda vez que son estructurales y permiten empoderar a los nuevos representantes de forma que les catapulta para ejercer cierto tipo de autoridad. El entorno internacional resultante de estos cambios conducen a que los análisis de las relaciones internacionales centrados en el Estado reflejen sus limitaciones, pues no alcanzan a comprender la presencia e influencia de estos sujetos en la gobernanza global. La diversidad de los actores que ejercen autoridad en las relaciones internacionales se da en buena medida por los cambios impulsados a partir de la globalización, la desregulación, la privatización y el cambio tecnológico.

Sin embargo, la gobernanza global no se da de forma espontánea, sino que es el resultado de un proceso político, el cual es moldeado por diversos elementos, principalmente de tipo político. Estas variables del orden político son importantes para determinar lo que es en un momento un problema global y cuál sería la mejor forma de darle solución. De manera que en muchas ocasiones los gobernadores globales hacen frecuentemente llamados a las necesidades globales en su búsqueda de ganar autoridad y poder, sin conocer realmente la solución específica para el tema. Esto es algo que es posible identificar en el resultado final de los casos asociados a la crisis de la Argentina, en el cual en el momento de celebrar los acuerdos de promoción y protección recíproca de las inversiones se elogiaba el arbitraje internacional de inversiones como el mecanismo óptimo para resolver las entonces potenciales diferencias asociadas a la inversión. El argumento consistía en que las cortes nacionales podían adoptar un prejuicio en contra del inversor y además, los procedimientos judiciales se caracterizan por su lentitud, su marcado exceso burocrático y su alta duración. Sin embargo, la realidad fue una muy diferente, pues los procesos arbitrales tuvieron resultados equilibrados, y en especial ninguno de ellos se caracterizó por su agilidad y por su carácter expedito. Por el contrario, fueron procesos altamente complejos, que en muchos casos han durado diez años.

Avant, Finnemore y Sell consideran que la autoridad que los gobernadores ejercen en sus relaciones genera tanto tensiones como sinergias. La gobernanza no requiere de coerción, y eso es una de las cuestiones más interesantes de los actuales ámbitos de gobernanza global, pues carecen de la amenaza del uso de la fuerza como última ratio para respaldar su autoridad³⁹⁶. La gobernanza también es el resultado de actores productivos, toda vez que esta involucra la creación de nuevas temáticas, nuevos intereses, nuevas comunidades y nuevas forma de interacción.

De esta forma es posible definir autoridad como la habilidad de inducir deferencia en los otros. La autoridad es por tanto una relación social, no un bien, ni algo que se da en el vacío. La autoridad se crea por medio del reconocimiento, el reconocer una autoridad o la autoridad de alguien significa aceptar, deferir la voluntad, y este acto brinda, reconoce el poder. De allí que se dé la conformación de un grupo que acepta la autoridad de un gobernador y que por este tanto ejerce influencia sobre ellos. Como se ha analizado en el capítulo dos, esta deferencia tiene lugar por una variedad de razones. Algunos actores ostentan autoridad por la posición oficial que tienen, otros por las cualidades inherentes a la persona como tal, también se será una autoridad en razón de lo que o quien se representa en un momento dado.

Desde la mirada de Avant, Finnemore y Sell la autoridad se fundamenta en cinco bases. La Institucional pues la autoridad se basa en ostentar una determinada posición en una estructura organizacional definida, de forma que las reglas y el objeto de la institución son los límites que tiene la autoridad. La autoridad delegada es aquella que se sustenta en la delegación que le hacen otros actores investidos de autoridad, por tanto estará constreñida por los límites que la referida delegación le imponga. La autoridad que se fundamenta en la experiencia es aquella que tiene como

³⁹⁶ *Ibidem*, p. 8.

sopORTE el conocimiento especializado. Es por tanto una fuente de autoridad inherente al sujeto que la predica; sin embargo está limitada por la especialidad de dicho conocimiento. También está la autoridad que se fundamenta en los valores y la virtud. Finalmente, la autoridad que se fundamenta en las capacidades, que siguiendo a Raz es aquella que se deriva de y se justifica por el tipo de tarea que la autoridad debe desempeñar. Si la comunidad acepta que una determinada tarea debe acometerse, entonces quien satisfaga dicha necesidad imparte autoridad y crea deferencia hacia él. De formar que la capacidad de asumir un determinado proceso es el que genera la deferencia al autor. La comunidad de los negocios globales está de acuerdo en que en el ámbito de la solución de las diferencias asociadas a la inversión es el arbitraje y los abogados el mecanismo y los individuos con la capacidad suficiente para encargarse de dicha temática, en la medida en que se les reconoce autoridad gracias a su saber especializado.

Una idea siempre presente en la literatura sobre la gobernanza global es aquella en que la gobernanza implica algo más que elaborar y ejecutar normas. Hay instancias previas y posteriores a estas que son esenciales para obtener uno u otro resultado político, es posible identificar las siguientes: fijar agendas y definir temáticas, elaborar reglas, implementarlas y ejecutarlas, evaluar, monitorear y adjudicar resultados.

Esta mirada parte de la concepción de la gobernanza como un proceso lineal, en el que se identifican claramente cada una de las etapas en que se gestiona y desarrolla. En la práctica la gobernanza rara vez tiene lugar en un proceso claramente definido. Las actividades y gestiones se pueden traslapar y retroalimentar de diversas formas. Ningún gobernador global gobierna en solitario, por ello no se trata de una competencia para reemplazar los Estados, sino una serie de tareas complejas que exigen su ejecución y en ella se entrecruzan de forma constante, y a partir de allí se reconfiguran y reelaboran.

Se identifica por parte de estas autoras tres mecanismos inherentes a los gobernadores que son los que propician o dinamizan el cambio. El primero es la presencia de múltiples fuentes de autoridad en un único gobernador. Esta situación podrá crear oportunidades de sinergia para incrementar la autoridad, pero al mismo tiempo se podrán crear tensiones por el surgimiento de demandas de acciones contradictorias, que pondrían a prueba la coherencia del gobernador. El segundo mecanismo es la relación entre gobernadores. Estas pueden ser cooperativas y generar sumas positivas o por el contrario ser tensas, disfuncionales e incluso conflictivas. Por último el desempeño. Si bien la generación de resultados y la satisfacción de expectativas pueden consolidar la autoridad de los gobernadores, los resultados deficientes o no deseados pueden erosionar su autoridad y generar presión para el cambio³⁹⁷.

Es difícil predicar que la fuente de autoridad de los gobernadores provenga de una única vía. Los resultados de la gobernanza serán los que en última instancia influencia la autoridad futura de los gobernadores. Los resultados no esperados pueden crear un nuevo tipo de oportunidad para llevar a cabo nuevas relaciones y así ajustar e identificar soluciones a las nuevas problemáticas³⁹⁸. Este tipo de dinámicas complejizan la función de la gobernanza global. Para que los “gobernadores” puedan mantener su autoridad están obligados a negociar las acciones que sean consistentes con aquellos que los reconocen como autoridad y además producir resultados exitosos. En resumen los gobernadores que deseen conservar su autoridad están obligados a negociar la necesidad de llevar a cabo acciones de gobierno, con las demandas de múltiples fuentes de autoridad y producir resultados satisfactorios, los cuales dependerán inevitablemente de la coordinación que se tenga con otros gobernadores.

³⁹⁷ *Ibidem*, p. 18.

³⁹⁸ *Ibidem*, p. 24.

Los déficits de legitimidad que se dan en el Derecho internacional de la Inversiones pueden estratificarse en cinco puntos: 1. El régimen del Derecho internacional de las inversiones genera un derecho inconsistente y mina la estabilidad y la predictibilidad inherentes a cualquier régimen. 2. La estructura del régimen internacional de las inversiones permite inmisiones indebidas en el orden jurídico interno de un Estados, en la medida en que es en exceso deferente con los derechos de los inversionistas. 3. El régimen internacional de las inversiones está orientado a favorecer a los inversores y los Estados exportadores de capital. 4. El arbitraje como mecanismo para resolver diferencias en el régimen de las inversiones es inadecuado pues opera como un instrumento para resolver diferencias entre actores privados. 5. El régimen del Derecho internacional de las inversiones es una forma de derecho administrativo global que no alcanza a brindar las garantías para que se dé la transparencia y la rendición de cuentas propias de los gobiernos³⁹⁹.

El arbitraje internacional de las inversiones también permite plantear la doble lectura Derecho internacional y Relaciones internacionales. Los puntos de cruce entre el régimen de las inversiones y el Derecho internacional público son según Álvarez los siguientes:

En primer lugar está la codificación: la proliferación de acuerdos de promoción y protección recíproca de las inversiones y de tratados de libre comercio, a lo que se suman convenios como el CIADI, tienden a tornar en derecho positivo, las normas de Derecho internacional que bebían de la costumbre como fuente. Sin embargo, esto no supone una clara integración normativa, pues se han celebrado más de 2675 tratados bilaterales de protección de inversiones, lo que conlleva que a pesar de haber más tratados, cada uno de ellos implica una relación especial, un micro régimen particular, lo cual multiplica por igual número la cantidad de regulaciones que contiene

³⁹⁹ ÁLVAREZ, José (2009), “The Public International Law Regime Governing International Investment”, en *Recueil des cours – Collected Courses of The Hague Academy of International Law* (V. 344), La Haya: Martinus Nijhoff p. 375.

el Derecho internacional de las inversiones. Se da entonces la paradoja que a pesar de contar con más tratados, el *soft law* está más presente que en otros entornos, por la necesidad de contar con las directrices utilizadas por los diversos laudos arbitrales respecto de la interpretación del régimen.

En segunda instancia se tiene la fragmentación: la fragmentación es el lado oscuro de la codificación. Como lo ha clarificado la Comisión de Derecho internacional (CDI) en la medida en que se expande la regulación jurídica internacional, se experimenta una gran diferenciación funcional. El proyecto de la CDI sobre la fragmentación del Derecho internacional comenzó identificando un número de temas especializados, de los cuales por lo menos tres son de interés para el Derecho internacional de las inversiones: la función y el alcance de la regla de interpretación de la ley especial sobre la general, la interpretación de los tratados de acuerdo con los principios generales del derecho y la aplicación de tratados sucesivos⁴⁰⁰. A pesar que tanto los tratados bilaterales de inversiones como los tratados de libre comercio contienen normas consideradas como *lex specialis*, el simple hecho que la red de tales tratados exista y que sus derechos se solapen y sean interpretados por un grupo reducido y constante de actores (los árbitros), exige replantear la manera como estos tratados se entrecruzan entre ellos, así como con otras convenciones y fuentes no positivas de obligaciones internacionales. La adhesión a las reglas tradicionales de interpretación de los tratados no es incompatible con el desarrollo de una jurisprudencia armoniosa que reconozca que el Derecho internacional de las inversiones continúa siendo parte del Derecho internacional público. Las recomendaciones de la CDI para promover la armonización de este último (como un mayor uso de las reglas generales de Derecho internacional para llenar los vacíos de los regímenes jurídicos “discretos”) deben ser aplicadas de forma contextual.

⁴⁰⁰ *Ibidem*, p. 481.

Un tercer elemento es el impacto de los actores no estatales: El régimen del Derecho internacional de las inversiones es un claro ejemplo de la forma por la cual el Derecho internacional público se orienta hacia los actores no estatales, no solo como objeto, sino como sujetos del mismo. Gracias a los acuerdos bilaterales de inversión y a los tratados de libre comercio, los actores no estatales se transforman de ser terceros beneficiarios a ser los directos encargados de activar la facultad de defender los derechos que aquellas modalidades de tratados les otorgan⁴⁰¹. Pero esta transformación no se reduce a las compañías inversoras, también a otros actores como las ONGs, que han logrado en ciertos arbitrajes ser admitidas como amigos de la corte. Quizá el grupo de actores no estatales que interesa más a los propósitos de este trabajo son los árbitros y los abogados, pues son quienes en la acción transforman y configuran el sentido y orientación del régimen⁴⁰².

Para aquellos preocupados por el déficit democrático de este régimen, la forma como se configura el arbitraje internacional de las inversiones es preocupante. Para ellos el empoderamiento de los inversores extranjeros en el Derecho internacional, puede amenazar el desarrollo sostenible, en la medida en que el régimen internacional de inversiones desestimula políticas sensibles a él, pues de cierta forma se limita el poder regulatorio del Estado. A ello se suma que los legitimados para dar inicio al proceso arbitral son exclusivamente compañías inversoras, lo que limita el acceso a otros agentes al arbitraje como actores, se da así todo un movimiento negativo en contra del arbitraje de inversiones. También hay cuestionamientos desde lo jurídico, pues mientras algunos reclaman un mayor uso de las reglas generales del Derecho internacional público para decidir las disputas entre inversor y Estado, otros plantean serias dudas acerca si el derecho inter – estatal o internacional, el cual es útil para evitar la fragmentación, puede ser el indicado en el contexto de las controversias entre actores privados y Estados.

⁴⁰¹ *Ibidem*, p. 483.

⁴⁰² *Ibidem*, p. 484.

Tal disyuntiva exigen, entonces, la formulación de la siguiente pregunta: ¿es el arbitraje internacional de inversiones un forma de solución de conflictos interestatales regido por las normas de tradicionales de Derecho internacional o es un nuevo tipo de foro para adjudicar nuevos derechos internacionales de los cuales son titulares actores no estatales?

El carácter híbrido del arbitraje internacional de inversiones evidencia más preguntas sin una respuesta clara o definitiva, las cuales pueden ser relevantes para otros foros de solución de controversias. Si se asume que en el arbitraje de inversiones se deberían respetar principios como el de la igualdad de medios reconocidos por otros tribunales internacionales, ¿cómo se aplicaría este principio?, en especial si una de las partes es un Estados y la otra un actor privado⁴⁰³, como ocurre en los tribunales regionales de derechos humanos. O las reglas correspondientes a la no aplicación, a la renegociación o a la interpretación de los tratados según la práctica subsecuente de los Estados partes, ¿podrá dicha práctica ser aplicada para determinar los derechos de terceros beneficiarios de dichos tratados?⁴⁰⁴

Por último, está la presencia del debate globalización y antiglobalización. Según Álvarez, el régimen del Derecho internacional de las inversiones es un campo de estudio de las diversas actitudes frente a la globalización⁴⁰⁵. Tanto los tratados de protección de inversiones como las interpretaciones que los árbitros hacen de ellos, reflejan los cambios de perspectiva por parte de los Estado y otros actores respecto de la globalización económica y de cómo lograr el desarrollo. La política siempre ha influenciado al derecho y por tanto sería ingenuo y desorientador pensar que el régimen del arbitraje internacional de inversiones pudiera desplazar en su integridad la política que circunda los reclamos de los inversores.

Para Cutler lo que se aprecia es que las categorías tradicionales tanto del

⁴⁰³ *Ibidem*, p. 487.

⁴⁰⁴ *Ibidem*, p. 488.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, p. 489.

Derecho internacional como de las Relaciones Internacionales son insuficientes para explicar este fenómeno de la autoridad privada en la gobernanza global. Para esta autora que se ha ocupado en extenso de analizar el fenómeno de la autoridad privada, el marcado carácter estadocéntrico de las dos disciplinas dificulta en extremo que den una explicación adecuada a dicho fenómeno.

Ella encuentra que en la literatura se reconoce el papel central que los expertos en un tema o en una materia tienen en los procesos de gobernanza, en los cuales a su vez se les tiene como una autoridad. Sin embargo, ese reconocimiento no resuelva las dudas frente a limitación o ausencia de rendición de cuentas por parte de dichas actores. En algunos casos se plantea que la legitimidad está dada por la posición que se adopte al dar respuestas y soluciones a problemas y necesidades. Tal idea que puede ser más ajustada a los eventos en los cuales la autoridad privada actúa en los ámbitos de gobernanza de lo técnico y lo científico, tiende a generar la idea que en todo el universo de procesos en los cuales interviene este tipo de autoridad, los actores privados actúan en nombre del interés público y con la misión de contribuir al bienestar general⁴⁰⁶. De allí que se considere que la legitimidad de la autoridad privada está unida a la capacidad de conocimiento en una determinada materia o asunto por un actor privado en concreto.

La creencia de ser una autoridad es lo que califica a un acto para tomar decisiones que impacten en otros. Por ello, las calidades específicas de los actores privados en clave de su conocimiento y experiencia, son los que le brindan la posibilidad de autolegitimarse. Según Ruggie, la legitimidad supone una fusión de poder con un propósito social legítimo. De allí que las teorías dominantes de las relaciones internacionales dejen de lado u olvidan que es necesario repensar los términos de la legitimidad, reevaluando que

⁴⁰⁶ CUTLER, Claire A. (2010), "The legitimacy of private transnational governance", *Socio-economic review* (V. 8), p. 159.

ésta surge exclusivamente en el entorno de lo público, y de las autoridades estatales y trasladarlo al ámbito de los actores privados⁴⁰⁷.

Desde una perspectiva de la legitimidad democrática, se idéntica una legitimidad interna (input) y externa (output). En la primera la atención se dirige a la participación y representación de los actores relevantes o de la política comunitaria o del proceso de gobierno. En la segunda se busca que el producto, efecto o resultado de la gobernanza tenga algún elemento de interés público, como la producción de bienes públicos o el proveer una gobernanza eficiente y efectiva que posibilite el bienestar general.

La autoridad privada deriva su legitimidad del hecho de ser considerada una autoridad, en el sentido de poseer un conocimiento, una habilidad, de ser un experto o un especialista. El reconocimiento del papel legitimador que tiene el conocimiento en relación con la autoridad privada es evidente a lo largo de la gobernanza global contemporánea. Esto, según Cutler⁴⁰⁸, se refuerza gracias al entorno de pensamiento neoliberal en términos económicos que se da a partir del fin de la guerra fría, el que permite que el discurso científico y técnico opere como elemento asegurador del riesgo de la sociedad postguerra fría y altamente mercantilizada. De hecho de acuerdo con Cutler, la posición de quien es reconocido como una autoridad está sujeta a un doble criterio. Por una parte su reconocimiento viene dado porque su conocimiento, su carácter de experto supone la aplicación de un juicio razonable, racional, independiente y objetivo. Por la otra, su conocimiento es un bien en el mercado y por tanto su valoración depende de la demanda por el mismo en un momento dado, lo cual supone plantear dudas sobre su presunta objetividad en un momento dado⁴⁰⁹.

En la literatura sobre la gobernanza global surgen preguntas sobre la manera en que estos expertos puedan rendir cuentas frente a las comunidades que

⁴⁰⁷ *Ibidem*, p. 173.

⁴⁰⁸ *Ibidem*, p. 176.

⁴⁰⁹ *Ibidem*, p. 177.

afectan. Sin embargo, hay que tener en cuenta que ellos cuentan con cierta ventaja, pues son los encargados de configurar normativamente el régimen del cual se requiere su saber especializado, por tanto el diseño de las reglas les otorga privilegios pues pueden diseñarlas de acuerdo con sus intereses. A esto se suma cierto carácter elitista de las normas del *soft law*, gracias a lo restringido y especializado de su desarrollo, operación y conocimiento.

Dezalay y Garth por su parte consideran que la cuestión central para la formulación de normas reside en un proceso guiado por el conflicto y la competencia. El punto central para estos autores es que a partir de dicho momento lo que se pone en juego es la credibilidad social de los profesionales, esto es, los actores privados que son una autoridad, que producen y utilizan el conocimiento y el saber para producir y aplicar las regulaciones transnacionales, como la del arbitraje internacional de inversiones, a lo que se suma la necesidad de legitimarse como los autoridades de gobernanza de este proceso transnacional⁴¹⁰.

La generación de conocimiento es un recurso esencial para estos actores privados. Para promover cierto nivel de especialidad los distintos grupos profesiones elaboran una representación social de los asuntos que de acuerdo con su conocimiento son necesarios para gestionar en una comunidad determinada. El conocimiento descriptivo y prescriptivo se orienta a identificar formas de intervención en el proceso regulatorio.

En el arbitraje internacional de inversiones se da un fenómeno similar a lo que ocurre en el arbitraje comercial internacional. En ellos un grupo de elite cosmopolita de árbitros que logra transformarse de un círculo predominantemente europeo a una más liberal y aguerrido, marcado principalmente por la experiencia de litigio *adversarial* estadounidense.

⁴¹⁰ DEZALAY, Yves & GARTH, Brian (2010), “Marketing and selling transnational “judges” and global “experts”: building the credibility of (quasi)judicial regulation”, *Socio-Economic Review* (V. 8), p. 116.

Según Dezalay y Garth el mercado del arbitraje es simbólico, y por tanto requiere la consolidación de una creencia en el valor simbólico del arbitraje, en este caso del arbitraje internacional de inversiones. Por lo tanto es necesario crear la necesidad de los servicios de arbitraje y con ello generar la necesidad de abogados expertos en dicha materia, los cuales además tienen la ventaja que en un momento dado también serán nombrados como árbitros de acuerdo con la voluntad de las partes, o por ser incluidos en la lista de expertos del CIADI.

El éxito de implantar el arbitraje como una alternativa viable a la solución de controversias de inversión se debe principalmente a la labor que llevó a cabo ese grupo de grandes hombres del arbitraje europeo, principalmente aquellos que conforman en la actualidad las denominadas firmas boutique. La vinculación de estos abogados con el ámbito académico generó la confianza y credibilidad suficiente⁴¹¹ para que el arbitraje fuera acogido tanto por el entorno jurídico estadounidense y por una elite del mundo en desarrollo formada en Europa y en los Estados Unidos. Estos nuevos actores reconocen los méritos de sus mentores y al mismo tiempo promueven su valía local, se da entonces la construcción de un red de contactos, que es esencial para la fortaleza de dicho sistema, en esta funcionamiento en red se da un intercambio en el cual las elites jurídicas locales transan su acceso a su mercado de las elites jurídicas globales, a cambio de tener acceso a estas últimas.

El arbitraje internacional de inversiones es un espacio fértil para el surgimiento de la autoridad privada, y es un campo en el que es posible identificar diversas maneras de explicar lo internacional en el mundo contemporáneo. Es también un escenario en el que es posible identificar la operación por medio de redes de gobernanza, similares a las que identifica Slaughter en su texto de 2004.

⁴¹¹ *Ibidem*, p. 119.

En suma en el régimen del arbitraje internacional de inversiones es posible identificar la presencia de la autoridad privada, ejercida por los abogados que ostentan principalmente una doble condición ser socios o consultores de firmas especializadas en el arbitraje como campo profesiones y de ser potencialmente elegibles como árbitros en un proceso de solución de diferencias relativas a la inversión. En esa doble condición actúan como verdaderos reguladores globales, pues como legislistas gestionan desde distintos foros la importancia del régimen para la economía global contemporánea, y como árbitros en la medida en que tienen el poder *pro tempore* de adjudicar una controversia y proferir un laudo que dadas las características del sistema tienen un impacto relevante en la configuración y modelación del régimen. A su vez su reconocimiento y prestigio en la labor que desempeñan se logra en el hecho de ser reconocidos como autoridades en la materia correspondiente, reputación que se logra tanto en las arenas de la gestión de la abogacía, como en las de la academia. Estas autoridades a su vez potencian el trabajo en redes, esto es una especie de malla de gobernanza privada en la que se entretajan todas sus conexiones y conocimientos, lo que les permiten en consecuencia ser reclamados como autoridad por aquella comunidad que necesita de su saber para encontrar soluciones a sus diferencias.

Los casos originados en la crisis económica ocurrida entre 1999 y 2002 en la República Argentina se constituyen en el pretexto idóneo para examinar la manera concreta en la cual estos agentes ejercen la autoridad que se les reconoce. Los procesos arbitrales originados por tal situación económica, agitarán la estructura de los laudos proferidos por los tribunales arbitrales constituidos según las reglas del CIADI, y visibilizarán la participación de cierto tipo de abogados en la operación y funcionamiento de este régimen. Se pone así de manifiesto la presencia de la autoridad privada en la gestión de un régimen internacional

específico como es el del arbitraje internacional de inversiones.

Tercera Parte
Los casos del CIADI originados
en la crisis Argentina (1999 – 2002)

5. La crisis de la Argentina (1999 – 2002) y los casos del CIADI originados en ella (2001 – 2008)

El surgimiento de la autoridad privada en los diversos ámbitos de la gobernanza global es evidente en el régimen del Derecho internacional de las inversiones. En dicho régimen se da una de las transformaciones más interesantes del Derecho internacional de la segunda mitad del siglo XX, y es la introducción del arbitraje internacional de inversiones como mecanismo de resolución de diferencias internacionales. Dicha modalidad del arbitraje transforma el alcance del *jus standi* en el Derecho internacional. En él se faculta a agentes privados los cuales tienen la calidad de inversor extranjero a solicitar el inicio de un proceso arbitral contra el Estado en el cual radica una inversión. El objetivo de dicho arbitraje es que el tribunal correspondiente declare responsable al Estado de incumplir obligaciones contenidas en un tratado internacional y ordene el pago de una indemnización que repare los perjuicios sufridos por el inversor. El Estado es siempre el sujeto pasivo de este tipo de arbitrajes, en el sentido que siempre actuará como demandado y nunca como accionante.

El mayor número de los procesos arbitrales asociados a las diferencias relativas a la inversión extranjera se gestionan ante el CIADI⁴¹². Con el fin de la Guerra Fría, y la implementación del denominado Consenso de Washington, en particular en América Latina, a lo que se sumó un incremento en la negociación y suscripción de tratados bilaterales de protección de inversiones o de tratados de libre comercio, se dio un gran

⁴¹² También pueden gestionarse ante otros centros de arbitraje internacional, como la Cámara de Comercio Internacional, El Centro Internacional de Arbitraje de Londres o el Instituto de Arbitraje de Estocolmo, o bajo otros reglamentos de arbitraje internacional como las Reglas de la UNCITRAL, o las del Convenio Interamericano de Arbitraje.

aumento en el número de procesos arbitrales gestionados por el CIADI. A pesar de contar con más de treinta años de existencia⁴¹³ hasta los años noventa⁴¹⁴ la actividad del dicho centro se había limitado a pocos casos⁴¹⁵. La paulatina consolidación de los fenómenos enunciados arriba permitió que a los inversionistas se les facultara a iniciar procesos arbitrales para resolver las diferencias que en dicha materia surgieran con los Estados anfitriones.

El auge de los arbitrajes en el CIADI se dio especialmente a partir del inicio de la vigencia del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), que permitió que las compañías domiciliadas e inversoras en los Estados suscriptores Canadá, Estados Unidos y México, pudieran solicitar una reparación por regulaciones que consideraran confiscatorias o constitutivas de expropiación directa o indirecta. La experiencia con los arbitrajes derivados del TLCAN, evidenció que esta modalidad de solución de diferencias era una vía más eficiente que la tradicional protección diplomática o que el acogerse a las decisiones de los tribunales de la jurisdicción nacional correspondiente. Gracias a ello fue posible que posteriormente un número importante de inversores extranjeros asentados en la República Argentina decidieran acudir al CIADI cuando estalló la crisis económica en el año 2000. Las compañías inversionistas en la Argentina consideraron que las medidas económicas adoptadas por dicho Estado para conjurar la crisis, constituían un incumplimiento de las condiciones de protección consagradas en los convenios recíprocos de protección de inversiones. Tal situación convirtió a la Argentina en el Estado con un mayor número de procesos ante el CIADI⁴¹⁶ y los laudos emitidos por los

⁴¹³ McLACHLAN, Campbell (2008), "Investment Treaties and General International Law", *International and Comparative Law Quarterly* (V. 57), p. 375.

⁴¹⁴ Entre 1970 y 1988 se habían registrado 25 casos ante la Secretaría del CIADI, *Vid.* PARRA, Antonio R. (2012), *The History of ICSID*, Oxford: Oxford University Press, p. 136.

⁴¹⁵ CRAWFORD, James (2012), *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford: Oxford University Press, p. 742.

⁴¹⁶ PARRA, Antonio R. (2012), *Op. Cit.*, p. 237.

correspondientes tribunales son objeto de amplia controversia y material de discusión en la literatura jurídica internacional y en menor medida de las relaciones internacionales.

El recurso al arbitraje como mecanismo para resolver este tipo de diferencias, supone una mayor participación de actores privados en las diferentes etapas que implica dicho proceso. Este trabajo presta especial atención a las oficinas globales de abogados las cuales representan en juicio a la casi totalidad de compañías que solicitan el inicio de los arbitrajes contra los Estados. Es la comunión entre despachos de abogados y compañías multinacionales la que permite afirmar la presencia de la autoridad privada en la modelación del régimen del arbitraje internacional de inversiones. Los abogados socios de estos despachos estarán presentes en los distintos momentos de construcción del régimen, y son agentes centrales en el funcionamiento del mismo. Esta presencia se manifiesta de diversas maneras, bien puede generarse por la participación, a través de grupos de presión o de consultorías, en los procesos de negociación de los tratados internacionales que facultan al inversionista a acceder posteriormente al CIADI, o bien por medio de la contratación de aquellos académicos y funcionarios que participaron en dichas negociaciones. También intervienen en su labor de abogados como representantes de las compañías que solicitan los arbitrajes y eventualmente como árbitros seleccionados por las partes o designados por el CIADI para conformar un tribunal de arbitraje y decidir una diferencia. Finalmente, construirán una comunidad epistémica en torno al arbitraje internacional, como campo de estudio dentro de la profesión jurídica, alimentando así el debate respecto de la necesidad de contar con esta forma de solución de diferencias, como una herramienta de fomento a los negocios internacionales⁴¹⁷.

⁴¹⁷ Las críticas a la forma como está concebido el Derecho internacional de las inversiones, hechas por académicos tanto de las Relaciones Internacionales, como del Derecho internacional, generalmente no son tenidas en cuenta por estos

La crisis que experimentó la Argentina tuvo la particularidad de tener un origen tanto interno como externo. Por ello está asociada estrechamente a los procesos de globalización económica, y evidencia un entorno en el que se solapan diversos niveles de gobernanza global. Este país fue uno de los adalides de la puesta en marcha del Consenso de Washington. Lo cual se manifestó en la adopción de un programa de privatización de entes estatales de todo orden, en un ajuste de las finanzas públicas, en un control monetario de la inflación por medio de un modelo de paridad cambiaria con el dólar de los Estados Unidos, en la reducción del tamaño del Estado, y en un agresivo proceso de celebración de acuerdos de protección recíproca a las inversiones, que brindara confianza a las compañías foráneas para llevar a cabo negocios en la Argentina. La comunión de estas políticas permitió, en la primera mitad de la década de los años noventa, el ingreso masivo de capital proveniente de inversores extranjeros, que se asentaron en dicho país gracias a la facilidad cambiaria, a las oportunidades de negocios que generó la privatización, y a las garantías de estabilidad que brindaban los tratados. Fueron buena parte de estas mismas compañías las que presentaron al momento de darse la crisis económica, las solicitudes de inicio procesos arbitrales ante el CIADI, amparados por los tratados bilaterales de protección de inversiones.

En el período comprendido entre 2000 y 2008 han tenido lugar 39 arbitrajes CIADI relacionados directamente con las regulaciones expedidas por la Argentina para combatir la crisis económica. Pero, a pesar de originarse en la misma causa, los procesos tendrán fortunas muy diversas, en algunos casos los arbitrajes terminarán por acuerdos entre la compañía y el gobierno argentino, en otros casos el tribunal exonerará a la Argentina y en un número importante condenará e igualmente hay otros que están pendientes de resolución. Aquellos que cuentan con laudos emitidos son objeto de gran controversia tanto en términos políticos, como jurídicos. Por una parte,

operadores jurídicos, toda vez que su actividad académica se centra es en optimizar el funcionamiento del arbitraje internacional de inversiones.

diversas decisiones a pesar de tener un origen común, van a llegar a resultados diferentes y con argumentos que difieren sustancialmente los unos de los otros. Por la otra, la eficacia del arbitraje CIAIDI se pone en cuestión, toda vez que varios de estos arbitrajes duran más de diez años y la Argentina ha desplegado todo tipo de estrategias para evitar el pago de las indemnizaciones.

En lo concerniente al régimen del arbitraje internacional de inversiones los procesos que se originaron en la crisis ponen en evidencia los diversos puntos de vista desde los cuales es posible abordar el análisis de este régimen. A su vez el mecanismo de arbitraje del CIADI es sometido a un examen riguroso, pues por primera vez desde su constitución se cuestionará la idoneidad y viabilidad del sistema. La suerte que corren estos procesos permite visualizar la participación de las firmas globales de abogados que acompañan y apoderan a las compañías multinacionales que demandaron al gobierno argentino con ocasión de las medidas regulatorias adoptadas para conjurar la situación de emergencia.

De esta manera los procesos arbitrales derivados de la crisis argentina permiten visualizar el funcionamiento del régimen de solución de diferencias del CIADI en el contexto de la gobernanza global. Esto es posible gracias a que son casos que se originan en una crisis financiera que es continuación del conjunto de situaciones de este tipo que se dieron en la década de los años noventa, empezando por la crisis de México en 1994, posteriormente la de Asia Pacífico de 1997, el impago por parte de Rusia en 1998 y la devaluación masiva de Brasil en 1999, para desembocar finalmente en la Argentina en 2001. A dicha crisis se le suma que el modelo y la política económica adoptados por la República Argentina se ajustaba, casi en su totalidad, a lo postulado por el denominado Consenso de Washington que se convirtió en el paradigma a seguir por las economías emergentes con posterioridad al fin de la Guerra Fría y que es un leitmotiv de la denominada globalización económica. Un elemento adicional que enmarca la cuestión argentina en la

gobernanza global es la activa participación del Fondo Monetario Internacional en la gestión de su economía a lo largo de dicha década. Al FMI le interesaba el florecimiento de la economía argentina como ejemplo a seguir para las economías emergentes. La gestión del FMI osciló de publicitar la política económica argentina a intentar evitar que la economía colapsara, por medio de las líneas de crédito *stand by*. Un último ítem es la activa celebración de tratados internacionales de protección recíproca de inversiones por parte de la Argentina, lo cual facilitó el ingreso de inversores extranjeros en los procesos de privatización que se llevaron a cabo como consecuencia de la aplicación de la política económica propia del mencionado Consenso de Washington, y que los facultaron para acudir posteriormente al CIADI.

Por tanto las diferencias que se resolverán por la vía arbitral están íntimamente ligadas a las diversas manifestaciones de la gobernanza global contemporánea y reflejan el funcionamiento de un régimen particular en el contexto de la referida gobernanza. El régimen del CIADI tiene la particularidad de resolver controversias entre un ente soberano, el Estado anfitrión de la inversión, y una organización privada, un inversionista extranjero, que ejecuta una actividad económica en dicho país. Diferencia que se resolverá principalmente con base al tratado que celebraron el anfitrión y el Estado en el que se domicilia el inversionista y en lo que no esté consagrado en dicho instrumento se regirá por el Derecho internacional. Es por tanto un régimen en el que los actores privados están legitimados para intervenir y en el que los despachos globales de abogados intervienen de forma significativa.

El presente capítulo conjuntamente con el siguiente explorará las dinámicas de los diferentes procesos arbitrales CIADI contra la Argentina. En este quinto capítulo en concreto se estudiará en primer lugar la crisis argentina, a partir del contexto del Consenso de Washington como modelo de su política económica en la década de los años noventa. En segundo lugar se presentará

la situación económica y política que condujo a dicho Estado a la crisis, que fue la causa de los procesos arbitrales que se han iniciado contra la Argentina ante el CIADI. En tercer lugar, se desarrollará una presentación panorámica del total de los arbitrajes iniciados contra la Argentina, para que en el siguiente capítulo se analice en detalle los procesos.

5.1. La crisis de la Argentina en el marco del Consenso de Washington

El Consenso de Washington es un conjunto de recetas de política económica que tomaron forma a partir de su inclusión en la agenda del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial a finales de la década de los ochenta. Se atribuye al economista John Williamson la confección del término y de sus postulados. El contenido del Consenso suponía el mínimo común denominador de políticas públicas orientado a los Estados de América Latina, y se expandió globalmente como el criterio de política económica a adoptar, en particular por las economías de los países en desarrollo y de las economías en transición. Según Steger y Roy los diez puntos que componen el Consenso son: (i) garantizar la disciplina fiscal y con ello controlar los déficits públicos, (ii) reducir el gasto público en particular en la burocracia estatal, (iii) reforma fiscal, orientada a ampliar la base fiscal y contar con una fiscalización efectiva, (iv) liberalización financiera, (v) tasas de cambio competitivas que permitan una economía orientada a las exportaciones, (vi) liberalización del comercio, en especial la eliminación de las licencias de importación y de los aranceles, (vii) promoción de la inversión extranjera directa, (viii) privatización de las compañías estatales, (ix) desregulación de la economía y (x) protección de los

derechos de propiedad⁴¹⁸.

John Marangos también identifica a Williamson como el gestor del término, gracias a su actividad como asesor del Congreso de los Estados Unidos en la elaboración del Plan Brady. Este plan fue diseñado por el Secretario del Departamento del Tesoro del gobierno de George H. W. Bush, Nicholas Brady, con la finalidad de conjurar la Crisis de la Deuda de la década de los ochenta, la cual afectó principalmente a los Estados de América Latina. Williamson consideraba que los países de esta región a pesar de los problemas de la excesiva cantidad de deuda contraída, estaban en un proceso latente de reforma estructural y de cambio de política económica, por tanto era necesario un alivio de la carga de la deuda⁴¹⁹ y así estimular la corriente reformista. De allí que en los círculos académicos que rodeaban el Departamento del Tesoro y las Instituciones Financieras Internacionales se comenzaron a discutir las propuestas de Williamson. En noviembre de 1989 Williamson plantea estos diez elementos de política económica⁴²⁰ que sería deseable implementar en América Latina. Estos postulados suponían un quiebre con lo que se consideraba la economía del desarrollo de la segunda mitad del siglo XX en América Latina, toda vez que implicaba dejar atrás los conceptos de sustitución de importaciones, nacionalización, planeación estatal centralizada, y el uso de la inflación como mecanismo para incrementar el ahorro⁴²¹.

Según Eduardo Lora, las políticas del Consenso de Washington pueden dividirse en las políticas microeconómicas y las macroeconómicas. Por éstas se tienen que aquellas que buscan alcanzar un bajo índice de inflación y

⁴¹⁸ STEGER, Manfred B. & ROY, Ravi K. (2010), *Neoliberalism. A Very Short Introduction*, Oxford: Oxford University Press, p. 20.

⁴¹⁹ MARANGOS, John (2009), "What Happened to the Washington Consensus? The Evolution of International Development Policy", *The Journal of Socio-Economics* (V. 38), p. 198.

⁴²⁰ *Ibidem*, p. 198.

⁴²¹ *Ibidem*, p. 198.

prevenir crisis en la tasa de cambio o en el déficit público. El punto *arquimédico* de la estabilidad macroeconómica es la disciplina fiscal, según la cual lo fundamental es obtener una posición fiscal que no conduzca a un creciente déficit en relación con el producto interno bruto (PIB) del Estado y con él la pérdida de reservas internacionales y el incremento de la inflación. A dicha estabilidad es necesario adicionarle una segunda herramienta clave, que consiste en el uso de instrumentos de política monetaria orientados al control de la oferta monetaria, para ello la independencia de la banca central es esencial.

A su vez Williamson, considerado el creador de dicho concepto, considera que llegó a éste como consecuencia de la interacción entre el Departamento del Tesoro de Estados Unidos y las instituciones financieras internacionales⁴²², el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional. Sin embargo, se lamenta que el denominador no es el adecuado, pues estima que lo ideal hubiera sido denominarlo convergencia, frente a las dificultades que plantea el término consenso. En consecuencia, para determinar los contenidos de dichos postulados se requiere, según Williamson, la estratificación de las políticas públicas en tres categorías: (i) aquellas en las que el consenso se logró, (ii) la dimensión en la cual está bajo controversia, pero ésta no es ideológica, y (iii) aquel en el que la controversia está destinada a permanecer, debido a que las consideraciones son más políticas que técnicas⁴²³.

Con base en dichas categorías Williamson opone los postulados del Consenso de Washington con la situación en América Latina y llega a las siguientes consideraciones: en primer lugar en lo que concierne a la disciplina fiscal, la cual implica controlar el déficit público, se estaría en un ámbito en el cual se logró el consenso, y el único debate pendiente en dicha materia se

⁴²² WILLIAMSON, John (1993), "Democracy and the "Washington Consensus"", *World Development* (V. 21, No. 8), p. 1329.

⁴²³ *Ibidem*, p. 1331.

centra en si es racional o no permitir cíclicamente un déficit en aras de lograr una política de estabilidad. Ello nos lleva a que en segundo lugar se debata, no si es posible aplicar la disciplina fiscal, sino a preguntarse en qué momento es admisible un déficit en el contexto de una política de estabilización.

Según Williamson el momento ideal para aplicar las políticas del Consenso es al inicio de un gobierno, con la finalidad de aprovechar la denominada “luna de miel” con la opinión pública⁴²⁴. La acción decidida del gobierno es un factor esencial, pues conservar la confianza hasta el momento en que las reformas muestren sus resultados es difícil. A pesar que no es del agrado de Williamson, la expresión Consenso de Washington pasa a ser parte de un supuesto ideario neoliberal, al ajustarse a los planes del Departamento del Tesoro, que al mismo tiempo influía directamente en el Fondo Monetario Internacional y en el Grupo Banco Mundial. Intereses que a su vez coincidían con los *think tanks* de Washington y de las compañías multinacionales⁴²⁵.

Al final de la década de los ochenta con la formulación e implementación del Plan Brady para conjurar la crisis de la deuda externa de América Latina y con el fin de la Guerra Fría, se da inicio a la aplicación de los postulados contenidos en dicho consenso. La magnitud de las reformas económicas en América Latina y en las economías en transición es aplastante. El índice de inflación de los países en vía de desarrollo pasó del 16% en 1990 al 6% diez años después, por su parte el déficit fiscal pasó del 7% al comienzo de la década de los ochenta al 2-3% desde 1990⁴²⁶. Los países latinoamericanos que con mayor agresividad acogieron los postulados fueron Argentina, Bolivia y Perú, si bien de forma previa lo había hecho Chile.

⁴²⁴ Citado por MARANGOS (2009), *Op. Cit.*, p. 199.

⁴²⁵ *Ibidem*, p. 202.

⁴²⁶ LORA, Eduardo (2009), “Washington Consensus”, en REINERT, Kenneth A. & RAJAN, Ramkishen S. (eds.) (2009), *The Princeton Encyclopedia of the World Economy*, Princeton: Princeton University Press, p. 1169.

Las políticas derivadas del Consenso de Washington han sido ampliamente criticadas por su ineffectividad a la hora de brindar estabilidad macroeconómica y crecimiento económico, también por sus efectos negativos en cuanto a la distribución del ingreso y la igualdad social. Según Lora a pesar que las políticas que se implementaron en América Latina en los años noventa lograron una gran mejora de las condiciones económicas de dichos Estados, no tuvo éxito en alcanzar los niveles de las economías desarrolladas⁴²⁷, lo que permitió que estos países fueran vulnerables a eventos macroeconómicos extremos como fue el caso de la República Argentina.

Rodrik considera que para los años noventa las políticas originales del Consenso habían obtenido resultados de dudosa reputación y que se daba una segunda generación de reformas, cuyo origen estaba dado por un reconocimiento que la implementación de políticas orientadas al mercado estaban condenadas al fracaso si no estaban acompañadas de una renovación institucional. Además el hecho que la liberalización financiera no estuviera acompañada de un adecuado marco macroeconómico y una mínima y eficiente supervisión y que la cuestión de la reducción de la pobreza no se hubiera abordado de forma adecuada, significaba que las políticas inicialmente planteadas por Williamson no fueran suficientes o requerían de una revisión⁴²⁸.

Tal crítica se da por el hecho que el Consenso se centró solo en dos grandes ámbitos: la estabilidad macroeconómica y la liberalización. De tal forma las organizaciones financieras internacionales comenzaron a plantear un ajuste de dichas políticas, con una orientación más sensible a la redistribución de la riqueza y la reducción de la pobreza. Es lo que Rodrik denomina el Consenso de Washington ampliado. En él el objetivo es lograr el crecimiento

⁴²⁷ *Ibidem*, p. 1171.

⁴²⁸ Citado por MARANGOS (2009), *Op. Cit.*, p. 205.

económico gracias a la sumatoria de buenas prácticas institucionales y la liberalización del comercio y la de los flujos de capital⁴²⁹.

5.2. El desarrollo de la crisis de la Argentina (1999 – 2002)

La historia política y económica de la Argentina a partir de 1930 es un relato de crisis constante. Con anterioridad a dicha fecha dicho país disfrutó de 70 años de estabilidad política lo que facilitó un amplio desarrollo económico, convirtiéndola en uno de los Estados más ricos del planeta⁴³⁰. Sin embargo, en el período 1930 a 1983 experimentó un gran número de golpes de estado, lo que se tradujo en 25 presidentes, 22 años de gobierno militar y 13 años de “Peronismo”⁴³¹. Este último período fue consecuencia del golpe de 1943 en el que emergió la figura del coronel Juan Domingo Perón, entonces Secretario de Trabajo, como líder de la Junta Militar y luego como jefe de Estado. Perón formó una extraordinaria base política con la fuerza obrera mayoritaria en la ciudad de Buenos Aires. Desde su gobierno se diseñó un sistema de beneficios a partir del incremento de salarios y la creación de un sistema de seguridad social y a su vez se garantizó la estabilidad laboral, anticipando el modelo de sustitución de importaciones, característico de América Latina en la década de los sesenta y de los setenta del siglo XX.

La movilización de la clase obrera por parte de Perón le permitió crear su partido político denominado Justicialismo, el cual tendrá un protagonismo central en la vida política argentina, a pesar de los subsiguientes golpes militares. De hecho Perón fue destituido por un golpe en 1955, pero regresó al poder en 1973 cuando fue reelecto, para fallecer al año siguiente. Le

⁴²⁹ *Ibidem*, p. 205.

⁴³⁰ SULLIVAN, Mark P. (2002), “Argentina’s Political Upheaval”, *Congressional Research Services* (Order Code RS21113), disponible en <http://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metacrs3329/?q=argentina> (última consulta 4 de diciembre de 2012), p. 1.

⁴³¹ *Ibidem*, p. 2.

sucedió su tercera esposa Isabel Martínez, la cual fue depuesta por un nuevo golpe de estado en 1976.

El régimen militar de 1976 se extendió hasta 1983 y fue el último que experimentó la Argentina y también el más represivo, dicha dictadura se caracterizó por el irrespeto a los derechos humanos y la persecución de la oposición en todas sus vertientes. La tortura y la desaparición forzada de personas fueron las improntas de dicho régimen, que culminó con la invasión a las Islas Malvinas (bajo dominio británico) en 1982, lo cual ocasionó un conflicto armado internacional con el Reino Unido. La conjunción de la derrota militar, de la represión y de la crisis económica, permitió el regreso a la democracia con la celebración de elecciones en el año 2003.

El primer gobierno democrático de Raúl Alfonsín (1983 – 1989) fracasó en la implementación de una política económica que contrarrestara la hiperinflación que sufría la Argentina desde antes de la dictadura. Sus propuestas fueron criticadas como tímidas por los economistas neoliberales y de impopulares por sus contradictores políticos representados en el partido Justicialista. Este último partido ganó las elecciones de 1989, con el candidato Carlos Saúl Menem, quien radical y rápidamente reestructuró la economía utilizando un acceso al crédito internacional sin precedentes en los últimos quince años.

La elección en 1989 de Menem a la presidencia de la Argentina significó uno de los cambios más significativos en la historia económica de dicho país. La crisis de hiperinflación que experimentaba la economía argentina en aquel momento implicó que el gobierno de Menem renunciara a su legado peronista y adoptara una política económica propia del neoliberalismo y del Consenso de Washington. En particular a partir del nombramiento en 1991

de Domingo Cavallo como Ministro de Economía⁴³² supuso la adopción de la Ley de Convertibilidad, y con ella la creación del Panel de Estabilidad, como ente regulador del sistema. Este último supervisaba el sistema monetario con la finalidad de garantizar la estabilidad del peso argentino frente al dólar de los Estados Unidos. La nueva política económica implementó en la práctica los postulados del Consenso de Washington.

La política económica de Cavallo se estructuraba sobre la base de combinar disciplina fiscal, desregulación del mercado y privatización. De tal forma la Ley de Convertibilidad consagró cinco elementos estructurales de la reforma económica. El primero de ellos consistía en que el banco central no podía seguir financiando los déficits del gobierno. El segundo exigía que el banco central tuviera que respaldar la emisión de moneda con las reservas internacionales en moneda extranjera o en oro. El tercer elemento era el establecimiento de un nuevo sistema de cambios internacionales, en el cual el nuevo peso argentino tenía paridad cambiaria de uno a uno con el dólar estadounidense. El cuarto postulado exigía que para que se devaluara el peso se requería aprobación del congreso argentino. Por último la eliminación de los mecanismos de indexación automática de precios que se incorporaban en los contratos celebrados en la Argentina, para con ello evitar la hiperinflación⁴³³.

La convertibilidad era el elemento central. Su propósito era eliminar la discrecionalidad del gobierno para manipular la moneda y así controlar la espiral hiperinflacionaria que era una de las características de la economía de dicho país desde hacía más de veinte años. La política de la paridad logró reducir la inflación a menos del cinco por ciento al año⁴³⁴, logrando temporalmente la estabilidad macroeconómica predicada por el Consenso de

⁴³² *Ibidem*, p. 3.

⁴³³ MANZETTI, Luigi (1999), *Privatization South American Style*, Oxford: Oxford University Press, p. 74.

⁴³⁴ GRUGEL, Jean & RIGGIROZZI, María Pía (2007), "The return of the state in Argentina", *International Affairs* (V. 83, No. 1), p. 91.

Washington. Para ello fue necesario transformar por completo el papel del Estado federal argentino. Se pasó de un modelo en extremo estatista y proteccionista a un esquema neoliberal, de un Estado mínimo y bajo esquemas privados de autoregulación. Esta nueva estructura implicó una dramática reducción del empleo público para financiar la paridad y reducir el gasto del Estado y también supuso una disminución de los estándares sociales.

Como complemento fue necesario iniciar un ambicioso programa de privatización de las compañías estatales. Este proceso permitió el acceso de compañías multinacionales a la casi totalidad de los sectores económicos de la economía. Según Luigi Manzetti este cambio se desarrolló en tres etapas. La primera de ellas, la fase inicial, desde la elección de Ménem en 1989 hasta 1991, en la cual se canalizó el dinero obtenido del proceso a cubrir la deuda externa pública; la segunda de 1991 a 1994, en ella el objetivo era solventar el creciente déficit público y con ello cumplir las exigencias de la Ley de Convertibilidad, por tanto se procedió a un proceso de privatización más competitivo. Finalmente, el tercer momento, se da en la fase final del gobierno menemista, a partir de 1995 hasta 1998 cuando se agotan los activos por privatizar, esta última etapa se caracteriza por la necesidad de cubrir los vencimientos de los bonos de deuda emitidos en la primera fase del proceso⁴³⁵. A pesar de la magnitud del proceso, en número de privatizaciones y en el monto del capital, éste adoleció de una pobre institucionalización, pues se careció de reglas transparentes para la adjudicación, del tiempo necesario para efectuar una debida valoración de los activos, y de la creación de paneles de regulación necesarios para vigilar el debido funcionamiento de los servicios de carácter público privatizados⁴³⁶. Las diferentes compañías que luego darían inicio a los procesos ante el

⁴³⁵ MANZETTI, Luigi (1999), *Op. Cit.*, p. 90.

⁴³⁶ TEUBAL, Miguel (2004), "Rise and Collapse of Neoliberalism in Argentina: The Role of Economics Groups", *Journal of Developing Societies* (V. 20), p. 182.

CIADI fueron las que adquirieron buena parte de los activos en este proceso de privatización.

Las deficiencias que se dieron en la privatización argentina son, según Manzetti, las siguientes: en primer lugar se privatizó antes de estabilizar la economía, lo que significó que los incentivos para atraer a los inversores se tradujeran en el ofrecimiento de condiciones de cuasimonopolio o de oligopolio para su operación. En segundo lugar, se permitió que los nuevos operadores fijaran tasas, tarifas y precios antes que se establecieran las comisiones y los paneles de regulación y autoregulación. En tercer lugar, brindarle a los nuevos entes un régimen fiscal más laxo y por último asumir la deuda de la compañía antes de su privatización⁴³⁷. A pesar de tales dificultades, la privatización de las compañías estatales argentinas tuvo un resultado positivo en los primeros cinco años del plan de convertibilidad, pues para 1993 se habían obtenido más de US\$15.000 millones⁴³⁸ en ingresos por la venta de dichos activos. Además se propició el entorno necesario para atraer nuevamente a la inversión extranjera, representada principalmente en compañías multinacionales.

Sin embargo, para mitad de la década de los noventa una nueva crisis económica comenzó a desarrollarse. Una deflación interna acompañada de la apreciación del dólar en los Estados Unidos, llevó a que los precios de los servicios públicos argentinos, que estaban ajustados en dólares por la paridad cambiaria, se incrementaran en términos reales para los consumidores.

El año 1994 es el punto crítico en el cual el modelo comienza a desmoronarse. En dicho año se dio un cambio en la situación de la economía y las finanzas argentinas, ya que se puso fin a la expansión económica iniciada en 1990. El denominado Efecto Tequila, esto es la crisis de deuda de México de 1995, condujo a que la economía argentina experimentara una

⁴³⁷ MANZETTI, Luigi (1999), *Op. Cit.*, pp. 99 – 100.

⁴³⁸ TEUBAL, Miguel (2004), *Op. Cit.*, p. 181.

recesión, debido a la presión de los mercados financieros internacionales. Además el gobierno adoptó medidas orientadas a compensar los efectos negativos de la liberalización del comercio y de la pérdida de competitividad de los bienes y servicios argentinos, como consecuencia de la apreciación del dólar estadounidense, al cual estaba atada la economía. A su vez la deuda externa argentina se incrementó en 30 puntos porcentuales del PIB entre 1990 y 2001 y el servicio de la misma pasó del 30% al 66% del PIB⁴³⁹, del cual el 60% de la misma se originó en el sector privado. La emisión de bonos de deuda pública solo tuvo un incremento significativo a partir de 1995 cuando comenzó a empeorar la situación del mercado financiero internacional⁴⁴⁰.

A partir de 1997 el panorama empeoró significativamente como consecuencia de la crisis financiera de la Federación Rusa en 1997/98 y de Brasil 1999. El entorno internacional negativo condujo a que la prima de riesgo alcanzara niveles de record, encareciendo el endeudamiento, esto afectó la demanda interna, encareció las exportaciones y dio inicio a un nuevo ciclo recesivo. Además se incrementó la vulnerabilidad financiera de los deudores⁴⁴¹, y se redujo la inversión extranjera en la Argentina, en un momento en el cual la economía experimentaba un creciente déficit de cuenta corriente, una apreciación de su moneda y una incapacidad para adoptar medidas de corrección debido a la rigidez de su política macroeconómica.

Dentro de la estructura de la paridad cambiaria a la política fiscal le correspondía el peso del ajuste, para equilibrar las cuentas públicas. Los fuertes ajustes en el sector público y las alzas de impuestos reforzaron el ciclo recesivo y con ello alimentando las expectativas negativas. Dicha

⁴³⁹ HORNBECK, J. F. (2010), "Argentina's Defaulted Sovereign Debt: Dealing with the "Holdouts"", *Congressional Research Service* (R41029), p. 2.

⁴⁴⁰ TEUBAL, Miguel (2004), *Op. Cit.*, p. 191.

⁴⁴¹ *Ibidem*, p. 193.

política fue incapaz de compensar los fuerte desbalances macroeconómicos, que habían podido superarse en la recesión previa ocasionada por la crisis de México. La dificultad para encontrar una salida a dicha crisis se debió en buena parte a la inflexibilidad de la política económica adoptada con el modelo de la convertibilidad cambiaria. Al eliminar la posibilidad de devaluar el peso, se optó por reducir el sector público e incrementar los impuestos, pero con ello se profundizó la recesión que experimentaba la economía. Con posterioridad a 1995 la deuda pública sobrepasó los US\$35 mil millones⁴⁴², de forma que además del inmenso ajuste fiscal la única opción del gobierno fue acudir al FMI, para refinanciar los vencimientos internacionales. Sin las líneas de crédito del Fondo la crisis habría explotado mucho antes⁴⁴³.

El gobierno de Carlos Ménem termina con la economía argentina abocada a una recesión y con muy poca flexibilidad en su política económica. La gestión de Ménem que en un momento se calificó, desde una perspectiva neoliberal, como el modelo a seguir dejó un legado problemático, del cual pueden identificarse cuatro elementos. El primero fue la ley de convertibilidad, la cual legalizó las operaciones domésticas tasadas en dólares de los Estados Unidos y ató la tasa de cambio del peso argentino a la moneda estadounidense y con ello controlar la hiperinflación que el país venía experimentando desde la década de los años setenta del siglo XX.

Un segundo legado negativo fue el incremento de la deuda pública argentina. El aumento de la deuda se agudizó como consecuencia de la privatización del sistema de seguridad social argentino. Toda vez que en el proceso de privatización el Estado se obligó a asumir las prestaciones de sus jubilados presentes sin financiación, y por tanto tuvo que solicitar crédito para seguir cumpliendo sus obligaciones, a lo que se sumó el alto endeudamiento privado.

⁴⁴² *Ibidem*, p. 198.

⁴⁴³ HORNBECK, J. F. (2010), *Op. Cit.*, p. 3.

Un tercer legado fue la creciente exclusión social, lo cual se evidenció con el incremento en la tasa de paro, la cual alcanzó el 18.6%. Un cuarto y último legado, fue político ya que supuso un declive creciente en la confianza pública frente a la clase política, dando lugar a constantes manifestaciones acompañadas de disturbios y saqueos. Además, para el final del segundo mandato de Ménem la corrupción de la clase política era uno de los factores más preocupantes para la opinión pública⁴⁴⁴.

En octubre de 1999 Fernando de la Rúa fue electo presidente, como representante de la coalición entre el partido Unión Cívica Radical y el Frente para la Solidaridad FREPASO, ambos opositores del partido Justicialista. Sin embargo, una vez fue investido adhirió a los postulados económicos de su predecesor Carlos Ménem, según los cuales la recesión se originaba a un problema fiscal y no al esquema de paridad cambiaria y la consecuente apreciación del tipo de cambio, y en consecuencia designó de nuevo a Domingo Cavallo como Ministro de Economía. Ante tal panorama, el gobierno solicitó, a fines de 2000 la intervención del FMI, a través del denominado blindaje, con el objetivo específico de calmar a los mercados internacionales.

Para conjurar un posible incumplimiento se acordaron medidas de ajuste fiscal, entre las cuales cabe destacar la ley de responsabilidad fiscal (que ordenaba reducir a cero el balance fiscal del Estado)⁴⁴⁵, un recorte del 13% en salarios públicos y pensiones. Esto se complementaba con acciones en el sistema financiero, por medio de apoyo internacional del FMI, el cual logró acordar una financiación por US\$40.000 millones⁴⁴⁶ y por canjes de deuda, en especial el que tuvo lugar a mediados de 2001, que supuso un intercambio por valor de 30 mil millones de dólares de Estados Unidos. Sin embargo, el

⁴⁴⁴ LEVITSKY, Steven & MURILLO, María Victoria (2003), “Argentina Weathers the Storm”, *Journal of Democracy* (V. 14, No. 4), p. 153.

⁴⁴⁵ TEUBAL, Miguel (2004), *Op. Cit.*, p. 200.

⁴⁴⁶ HORNBECK, J. F. & MARSHALL, Mewgan (2003), “The Argentine Financial Crisis: A Chronology of Events”, *Congressional Research Service* (RL31582), p. 3.

alto nivel de la prima de riesgo soberano, supuso que para esta última operación se reconocieran tipos de interés bastante más altos que los que ofrecía el mercado financiero internacional.

En junio de 2001 Domingo Cavallo inició lo que se denomina el *megacanje* por valor de US\$29.500 millones, con lo que buscaba aplazar los vencimientos de bonos de deuda emitidos por la Argentina en la década anterior. Sin embargo, dicha operación encareció las obligaciones de la Argentina en US\$9.500 millones⁴⁴⁷. El clima de incertidumbre que se generó desembocó en una oleada de retiros bancarios que se venían dando desde octubre de 2000, con la renuncia del vicepresidente del gobierno Carlos Álvarez, y se aceleraron en julio de 2001⁴⁴⁸.

El entorno volátil de la economía argentina se tradujo en una fuga de capitales a gran escala, y a finales de noviembre de 2001, Domingo Cavallo ministro de Economía impuso estrictos límites a los movimientos de capital y a los retiros de cuentas a la vista de los bancos, el denominado corralito sobre los depósitos bancarios. Las consecuencias políticas de dichas medidas fueron devastadoras. Acompañó a esto la cancelación de las licencias de facturar internamente en dólares por parte de las compañías prestadoras de servicios públicos, las cuales en su mayor parte eran inversionistas extranjeros, por tanto a partir de dicho momento solo era posible hacerlo en pesos argentinos, lo que incrementó la incertidumbre de estos operadores.

La comunión entre las restricciones a los retiros bancarios, el alto nivel de pobreza, y la creciente tasa de paro dio origen a numerosas protestas, en particular una huelga general de dos días, las cuales continuaron en la primera mitad del mes de diciembre de 2001. El 18 y 19 de diciembre el país explotó en una serie de disturbios y protestas. Enfrentado al saqueo generalizado, los bloqueos de autovías, y las protestas de miles de personas,

⁴⁴⁷ SETSER, Brad & GELPERN, Anna (2006), "Pathways through Financial Crisis: Argentina", *Global Governance* (V. 12), p. 469.

⁴⁴⁸ TEUBAL, Miguel (2004), *Op. Cit.*, p. 201.

el gobierno decretó el estado de excepción. En la represión de las manifestaciones murieron 28 personas, lo que propició la crisis política y la caída del gobierno a mediados de dicho mes⁴⁴⁹.

El presidente De la Rúa renunció el 20 de diciembre y se dio una sucesión de presidentes en las siguientes dos semanas. El presidente del Senado Ramón Puerta asumió por 48 horas la presidencia hasta que el congreso eligió a Adolfo Rodríguez Saá como presidente interino por 90 días hasta la convocatoria de nuevas elecciones. Al continuar las protestas Rodríguez Saá renunció el 30 del mismo mes. Luego de una intensa negociación en el senado argentino se eligió el 1 de enero de 2002 a Eduardo Duhalde, del partido justicialista y que había sido el candidato derrotado por De la Rúa, como tercer presidente en dos semanas. Duhalde procedió a eliminar la convertibilidad y el peso argentino perdió más del 70% de su valor de cambio frente al dólar estadounidense⁴⁵⁰.

A Duhalde le fueron otorgados amplios poderes para conjurar la crisis y evitar el colapso social. Con la pesificación el Estado argentino entró técnicamente en el impago de la deuda lo que condujo a la oposición de los deudores internacionales. En dicho momento la Argentina adeudaba a los tenedores de bonos US\$81.800 millones, a los Estados miembros del Club de París US\$6.200 millones y al FMI US\$9.800 millones⁴⁵¹. Por el alto nivel de deuda le fue necesario gestionar en enero de 2003 un aval de los países miembros del Club de París, para evitar que la deuda con el FMI quedara impaga. Así se pudo continuar con la asistencia del Fondo hasta que se celebraron las elecciones y fue electo el justicialista Nestor Kirchner en mayo de 2003.

El gobierno Kirchner alcanzó un nuevo acuerdo *stand-by* con el FMI en septiembre de 2003 el cual proveyó una línea de crédito por valor de

⁴⁴⁹ *Ibidem*, p. 202.

⁴⁵⁰ LEVITSKY, Steven & MURILLO, María Victoria (2003), *Op. Cit.*, pp. 155.

⁴⁵¹ HORNBECK, J. F. (2010), *Op. Cit.*, p. 3.

US\$12.500 millones. Sin embargo, este acuerdo se suspendió por la presión del Fondo para que la Argentina ofreciera mejores condiciones en la renegociación con los tenedores de bonos. La propuesta argentina se formuló en el mes de enero de 2005 y consistió en intercambiar los bonos impagados, por nuevos bonos con descuento y una mayor maduración. En tal sentido logro que de los US\$81.800 millones de deuda en bonos, se renegociaran US\$62.500 millones, lo que se tradujo en nuevos bonos por valor de US\$35.200 millones, logrando una reducción significativa, pero no plena de su deuda⁴⁵².

Finalmente la Argentina llevó a cabo una nueva renegociación en el año 2010. Para evitar la presión del FMI procedió al pago total de la deuda adquirida con esta organización. Libre de la tutela del Fondo presentó una propuesta que diferenciaba entre tenedores individuales de títulos y tenedores institucionales. En esta última etapa participó el 66% de los tenedores de bonos, lo que supuso al cabo de casi diez años, renegociar el 92% de la deuda impaga de 2001⁴⁵³.

En resumen el resultado de la crisis además de la grave recesión económica y la crisis política, fue una deuda de US\$88.800 con acreedores privados más US\$6.200 millones a los Estados miembros del Club de París y US\$9.800 millones al Fondo Monetario Internacional⁴⁵⁴, lo cual le cerró el acceso al crédito en el sistema financiero internacional. Argentina intentó en dos ocasiones reestructurar su deuda, la primera en el año 2005 y la segunda en el 2010. Para el proceso de 2005 no se lograron los objetivos planteados pues no tuvo una gran acogida entre los acreedores individuales e institucionales y también porque no se incluyó en esta la deuda con el Club de París y con el FMI. Los resultados de la restructuración del 2010 fueron mejores que la de cinco años antes, gracias a dos factores: el primero una mejor situación

⁴⁵² *Ibidem*, p. 4.

⁴⁵³ *Ibidem*, p. 14.

⁴⁵⁴ HORNBECK, J. F. (2010), *Op. Cit.*, p. 1.

económica que generó una mayor confianza en el proceso, y el segundo que se acometió sin el condicionamiento del FMI, toda vez que había pagado en su totalidad los US\$9.800 millones adeudados al organismo.

A pesar de las reestructuraciones, la Argentina sigue enfrentando una serie de procesos internacionales en diversos niveles y jurisdicciones. En primer lugar están los acreedores de títulos individuales, esto es bonos de deuda, que en su mayor parte se rigen por la legislación del Estado de Nueva York (EE. UU.), si bien de forma reciente han acudido al CIADI a solicitar indemnización. En segundo lugar están los inversionistas institucionales, que han demandado a la Argentina en los tribunales de los Estados Unidos. Finalmente, están los inversionistas directos, es decir, no son tenedores de títulos, sino aquellos que operan directamente en la Argentina, en su mayoría como consecuencia de los procesos de privatización. Son estos últimos quienes han acudido en su mayoría al CIADI para resolver las diferencias en relación con el fin de la convertibilidad cambiaria.

5.3. Los casos ante el CIADI originados en la crisis argentina de 1999 – 2002: una panorámica

La Argentina es el Estado con un mayor número de procesos adelantados y pendientes ante el CIADI. Para los efectos de esta investigación se seleccionan los procesos arbitrales presentados entre 2001 y 2008, que están relacionados directamente con la política neoliberal aplicada por dicho país, en especial aquellos procesos originados por la privatización de empresas públicas. La gestión de privatización fue consecuencia directa de la adopción de una política económica fundamentada en los postulados del Consenso de Washington. Las compañías multinacionales que participaron en estos procesos de privatización dieron inicio a una serie de demandas de arbitraje ante el CIADI, buscando una compensación como consecuencia de la

pérdida financiera sufrida con la pesificación de la economía. La mayor parte de estas diferencias se adjudicaron de acuerdo con las reglas y procedimientos del Centro Internacional para el Arreglo de las Diferencias Relativas a la Inversión del Banco Mundial. Tanto las reclamaciones como la competencia y jurisdicción del CIADI para conocer de ellas tienen su fuente en los diferentes tratados bilaterales de protección de la inversión extranjera suscritos por la Argentina con diferentes Estados, en especial con los Estados Europeos y con los Estados Unidos. Los procesos iniciados por los diversos inversionistas extranjeros en la Argentina suponen el mayor número de arbitrajes CIADI contra un Estado parte del Convenio. Como se indicó arriba se identifican 39 procesos arbitrales directamente relacionados con la crisis económica 2000 – 2002. El primer proceso se registra en el año 2001 y el último relacionado con la crisis en 2009, el mayor número de procesos se concentra en el período 2003 a 2004.

Estos casos también ponen de presente la dificultad para los árbitros de encuadrar dos intereses opuestos, por una banda el ejercicio del poder soberano de un Estado por medio de la regulación, en este caso para combatir una crisis económica, y por la otra banda la protección del inversor extranjero, como consecuencia de un tratado internacional, en el cual el mismo Estado, en ejercicio de sus facultades soberanas, renuncia parcialmente a su soberanía al aceptar someterse a la jurisdicción de un tribunal arbitral ad hoc para resolver la diferencia con un agente privado. Por ello los críticos del arbitraje internacional de inversiones se preocupan por el hecho que un inversionista extranjero pueda controvertir una medida pública de emergencia, como es el caso de la situación argentina en el año 2001, en desmedro de la protección de un interés general. Por su parte quienes defienden esta estructura del Derecho internacional de las inversiones, consideran que tal limitación a la soberanía, es una garantía para el debido funcionamiento de los negocios a escala global, y con ello se garantiza el crecimiento económico, lo cual redundará en la totalidad de la población.

Para muchos abogados internacionalistas la inconsistencia en los laudos arbitrales proferidos por los diferentes tribunales constituidos de acuerdo con las reglas del CIADI, es un riesgo para lograr un cuerpo consistente de normas de Derecho internacional aplicables a la inversión. Esta preocupación surge por la posibilidad de que el sistema se deslegitime a causa de la fragmentación que generan este cúmulo de decisiones que no tienen conexión entre ellas a pesar de versar sobre un tema común. Álvarez y Khamisi⁴⁵⁵ coinciden con los críticos del sistema en relación con el amplio espectro de interpretación que generan casos como los relacionados con la crisis argentina. Pero piensan que los problemas de legitimidad tienen que resolverse de forma diferente a la que plantean dicho críticos, pues finalmente los árbitros deciden con base a las normas vigentes en el Derecho internacional de las inversiones y así se evidencia en los laudos emitidos.

Las compañías que activaron los diferentes procesos arbitrales fundamentan sus reclamaciones en el incumplimiento de las disposiciones normativas contenidas en los correspondientes tratados bilaterales de protección de inversiones, que la Argentina suscribió con diversos Estados, en especial de Europa y con los Estados Unidos. Estas compañías concededoras de la experiencia de los arbitrajes proferidos bajo el TLCAN, estimaron pertinente que el arbitraje ante el CIADI era o bien la mejor manera para resolver las diferencias surgidas con la Argentina en relación con las normativas adoptadas para resolver la crisis, o bien un mecanismo para inducir o presionar una negociación directa con las autoridades gubernamentales. Por su parte la Argentina, si bien atendió todas las solicitudes de arbitraje iniciadas ante el CIADI, diseñó una estrategia de litigio que buscaba desconocer la jurisdicción del Centro y deslegitimar a los árbitros designados

⁴⁵⁵ Vid. ÁLVAREZ, José E. & KHAMSI, Kathryn (2009), “The Argentine Crisis and Foreign Investors: A Glimpse into the Heart of the Investment Regime”, en SAUVANT, Karl P. (2009), *Yearbook in International Investment Law & Policy 2008 – 2009*, New York: Oxford University Press, pp. 377 – 478.

por éste y por la contraparte⁴⁵⁶. En primer lugar los abogados de la Procuraduría del Tesoro de la Nación⁴⁵⁷, planteaban la ausencia de jurisdicción y competencia del CIADI para conocer de la controversia, en segundo lugar la necesidad de agotar las vías internas, una tercera estrategia era indicar que la inversión no era suficientemente madura para dar beneficios y por tanto no había lugar a desmedro patrimonial, finalmente se alegaba el estado de necesidad como defensa contemplada en el Derecho internacional para no aplicar el tratado de protección de inversiones correspondiente. Además, la Argentina recusó aquellos árbitros que hicieran parte de distintos tribunales y en alguno de ellos profieran un laudo condenándola o que en textos o artículos académicos publicaran opiniones contrarias a los intereses argentinos.

A pesar de las diferencias en la estructura, razonamiento y argumentación de los diferentes laudos proferidos los tribunales tenían puntos de acuerdo en tres aspectos. En primer lugar que la consagración en los diferentes tratados del estado de necesidad como causal de justificación para modificar las condiciones de los inversores, no facultaba al Estado anfitrión de la inversión a autocalificar una determinada situación como estado de necesidad. En segundo lugar que la calificación de seguridad esencial para el Estado como justificante para la inaplicación del tratado puede incluir graves crisis económicas y situaciones de emergencia económica. Finalmente, en tercer lugar que el artículo 25 del Estatuto sobre la Responsabilidad Internacional del Estado contiene las normas relevantes de derecho consuetudinario internacional, aplicables para determinar si hay o no un incumplimiento de

⁴⁵⁶ Por regla general en los arbitrajes regidos por las normas del CIADI, los tribunales, salvo acuerdo de las partes, se conforman por tres árbitros, uno designado por cada una de ellas, y el tercero por acuerdo mutuo o bien por el CIADI a solicitud de las partes o por no lograr a un acuerdo. Este tercero actuará como presidente del tribunal.

⁴⁵⁷ Esta institución se encarga de la defensa judicial del Estado argentino y la representó en todos los procesos arbitrales ante el CIADI, *Vid.* <http://www.ptn.gov.ar/informacion.html>, (última consulta 9 de enero de 2013).

un tratado de protección de inversiones.

Se procede al estudio de los diversos procesos, presentando previamente un resumen de la totalidad de los casos, para luego abordar el estudio de aquellos que terminaron sin contar con un laudo definitivo. Son un total de 39 procesos arbitrales, que se inician el primero de noviembre de 2001, con la malograda Enron, y que se extienden hasta 2009 con los casos relativos a los tenedores italianos de bonos de deuda argentina. A diferencia de otros Estados de América Latina⁴⁵⁸, que han denunciado el Convenio del CIADI para retirarse del mismo la Argentina continúa en él, a pesar que se siguen solicitando demandas en su contra.

Cuadro 4. Procesos Arbitrales CIADI contra Argentina
originados en la crisis 1999 – 2002

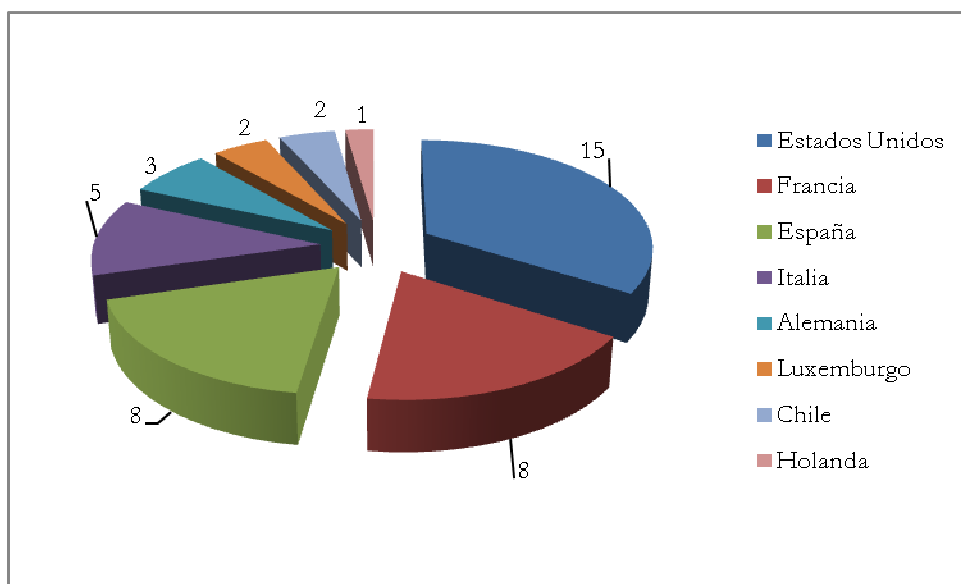
Año	No de procesos
2001	2
2002	3
2003	17
2004	7
2005	4
2006	0
2007	5
2008	1

Elaboración propia con datos del CIADI.

⁴⁵⁸ Bolivia, Ecuador y Venezuela.

La mayor parte de estos accionantes son compañías estadounidenses y europeas. Solo en dos ocasiones compañías provenientes de Chile solicitaron arbitraje al CIADI contra la Argentina. De hecho si se toma como indicador del nivel de desarrollo al pertenencia a la OCDE es posible predecir que la totalidad de las compañías inversoras están domiciliadas en Estados miembros de esta organización. El siguiente gráfico da una idea de la participación por nacionalidad de origen de las compañías en los procesos contra la Argentina, originados en la mencionada crisis

Gráfico 1. Nacionalidad del inversor demandante



* En tres procesos se trataba de un consorcio franco – español.

Elaboración propia con datos del CIADI

De la totalidad de procesos, en 36 los accionantes tienen la calidad de inversionistas directos, en uno es una compañía de recuperación de cartera domiciliada en el extranjero y en los dos procesos restantes los demandantes

son tenedores de bonos de deuda argentina, en su mayor parte de origen italiano, que no aceptaron los términos de las renegociaciones de 2005 y 2010. Esto es interesante, pues el ser inversor directo es la calidad que el Convenio CIADI busca, de hecho proteger, y en consecuencia su actuar estaría obedeciendo al objetivo central de dicho tratado. Es también pertinente anotar que al ser inversores directos, un número significativo de estas compañías, llegaron a serlo en la Argentina como consecuencia de los procesos de privatización que se llevaron a cabo en la década de los años noventa, en plena efervescencia de la aplicación del Consenso de Washington.

Cuadro 5. Procesos por tipo de compañía

Tipo de compañía	No. de procesos
Inversionista directo	36
Tenedores de bonos (personas físicas)	2
Recaudo de cartera	1

Elaboración propia con datos del CIADI

Por sectores se aprecia que la gran mayoría de inversionistas que acudieron al CIADI están en los sectores de gas, agua, energía y telefonía. Hecho que es consecuente con los procesos de privatización de empresas de propiedad del Estados que tuvieron lugar al comienzo de la década de los noventa. Como se aprecia en el Cuadro No. 8 la mayor parte de las compañías demandantes se concentra en los sectores de energía, agua y gas.

Cuadro 6. Sectores de origen de la inversión

Sector	No. de compañías	No. de procesos
Energía	8	9
Aguas	7	7
Gas	5	6
Hidrocarburos	4	4
Telefonía y telecomunicaciones	3	3
Seguros	2	2
Servicios financieros e inversión	2	2
Tenedores de bonos	2*	2
Infraestructura y concesiones	1	1
Recaudo de cartera	1	1
Vehículos	1	1
Informática	1	1

Elaboración propia con datos del CIADI

El resultado de los procesos es diverso. Por una parte se aprecia que un número significativo de compañías dieron inicio al proceso arbitral del

* Son dos procesos, que abarcan a un número plural de tenedores de bonos.

CIADI como un mecanismo para presionar una negociación con el gobierno argentino más favorable a sus intereses. En los procesos que alcanzaron algún tipo de decisión, cuando ésta ha sido desfavorable la Argentina ha presentado solicitud de nulidad del laudo. A diciembre de 2012, la mayor parte de los procesos (sin contar los incidentes de nulidad) habían obtenido un laudo, o bien habían terminado por algún tipo de arreglo directo en la compañía y la Argentina. Solo el 20.5% de los arbitrajes están pendientes de resolución, no obstante que en algunos de los ya resueltos se tendrá que decidir sobre las nulidades solicitadas por el Estado anfitrión.

Cuadro 7. Estado de los procesos

Estado	Número
Procesos terminados sin laudo	17
Procesos con laudo (en firme o con nulidad)	14
Procesos pendientes	8

Elaboración propia con datos del CIADI a diciembre de 2012

Los procesos terminados sin laudo finalizan bien porque se logró un acuerdo entre la compañía accionante y el gobierno argentino, o bien porque se dio una situación procesal que impidió continuar con el mismo, generalmente ausencia de voluntad para el pago de los gastos del arbitraje. De los 14 procesos terminados en seis se exoneró a la Argentina y los 8 restantes se encuentran en diversas etapas, algunos de ellos han comenzado de nuevo al concederse las nulidades iniciales.

De acuerdo con el impacto y las temáticas es posible encuadrar los procesos en tres grupos: el primero agrupa los cuatro primeros casos presentados con

ocasión de la crisis. Éstos corresponden a igual número de inversionistas estadounidenses en el sector de la distribución del gas natural y que como consecuencia de las primeras medidas de regulación para contrarrestar la difícil situación económica sufrieron el impacto de dichas regulaciones con anterioridad al momento crítico de diciembre de 2001. Estos procesos han sido ampliamente analizados por la literatura del Derecho internacional de las inversiones y por el Derecho del Arbitraje Internacional y son arbitrajes que a pesar de originarse en hechos muy similares, las decisiones adoptadas tienen fundamentos y alcances diferentes. El segundo grupo comprende el mayor número de casos entre el 2003 y el 2005 en este conjunto se identifican la casi totalidad de procesos que terminaron sin laudo. Finalmente, el tercer grupo corresponde a lo que se podrían llamar procesos residuales y son los posteriores a 2007, que en su mayor parte están pendientes de resolución y que implican a los tenedores de bonos de deuda que no aceptaron la negociación de 2005 propuesta por Argentina.

Llama la atención que en cuanto a las firmas de abogados, la diversidad es mucho menor. La firma estadounidense King & Spalding fue la abogada de los demandantes en once procesos, y la británica Freshfields Bruckhaus & Deringer en seis. El total de los despachos se aprecia en el siguiente cuadro:

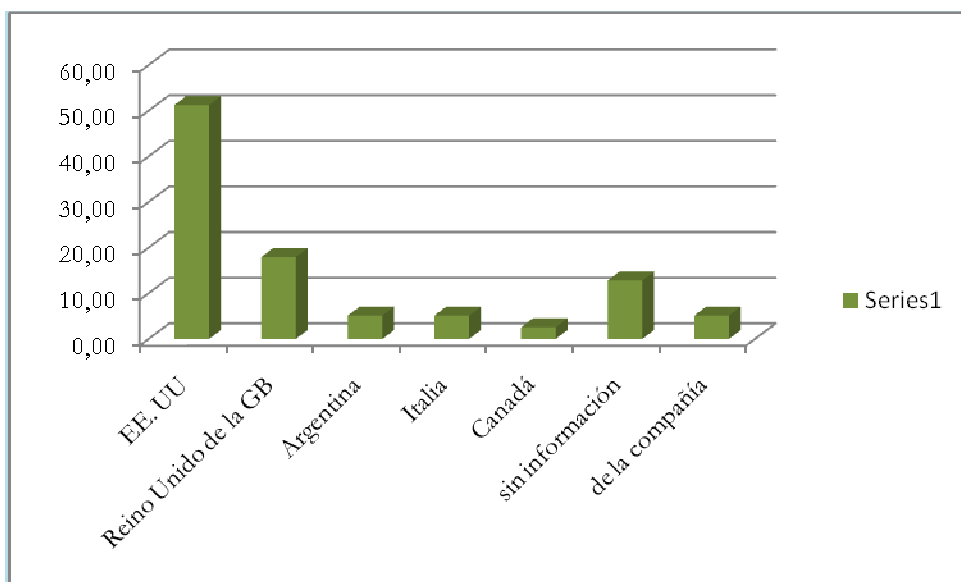
Cuadro 8. Firmas de abogados representantes de los accionantes

Firma	No. de procesos	Origen de la firma
King & Spalding	10	EE. UU.
Freshfields, Bruckhaus & Deringer	6	Reino Unido
Arnold & Porter	2	EE. UU.
Abogado de la empresa	2	NA
Jones Day	2	EE. UU.
Kelly, Drye & Warren	2	EE. UU.
Pietro Parodi & Luca Radica	2	Italia
Appelton & Associates	1	Canadá
Boies, Schiller & Flexner	1	EE. UU.
Casagne Abogados	1	Argentina
Clifford Chance	1	Reino Unido
Covington & Burling	1	EE. UU.
M&M Bonchill	1	Argentina
Shearman & Sterling	1	EE. UU.
White & Case	1	EE. UU.
Sin información	5	NA

Elaboración propia con datos del CIADI

Esta distribución supone que las firmas estadounidenses han apoderado 21 casos sobre los 35 de los que se dispone información, esto es un 60% del total de éstos, y una firma King & Spalding representa el 25% de los arbitrajes. La proporción por Estados de origen de la firma se aprecia en el siguiente gráfico.

Gráfico 2. Estados de origen de las firmas



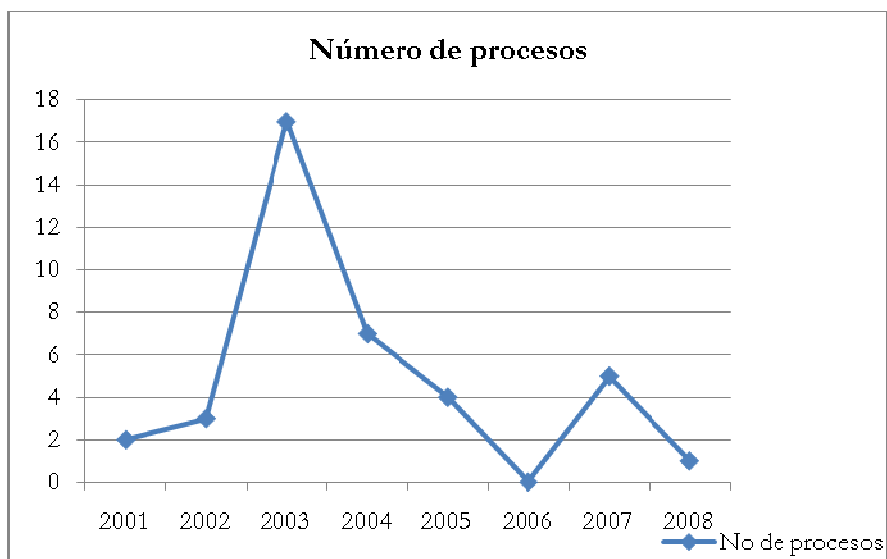
Elaboración propia con datos del CIADI

Se identifica que las firmas provenientes de los Estados Unidos y de la Gran Bretaña, monopolizan la representación de las compañías ante el CIADI. Esto permite intuir la influencia que este tipo de firmas ejercen en la gestión del régimen, y en que éste refleje en buena medida los intereses de las compañías que en él intervienen. Esta alta participación de firmas anglo estadounidenses, se complementará con los abogados que son designados como árbitros. Estos provienen en en buena parte de un sector más de elite de la profesión en el ámbito global. Pues provienen de nichos muy

especializados de la práctica jurídica y de la actividad académica. El siguiente capítulo se ocupará de analizar los distintos procesos relacionados con la crisis argentina e identificará los sujetos que han sido designados como árbitros en ellos.

Como se mencionó para este trabajo se identificaron 39 procesos arbitrales presentados ante el CIADI, relacionados directamente con la crisis experimentada por la Argentina de 1999 a 2002. El marco temporal que se acoge es el que corresponde a los años en que la crisis se manifestó con mayor intensidad, lo cual dio lugar a una crisis política, que supuso un cambio de gobierno, y un abandono del modelo económico de corte neoliberal que dicho Estado había asumido a comienzo de la década de los años noventa. Los procesos que se incluyen son los que se inician entre 2001 y 2009 presentados ante el CIADI. Durante dicho lapso de tiempo se iniciaron 41 procesos arbitrales contra dicho Estado, relacionados con la crisis. Para los efectos de esta investigación se estudian 39 procesos arbitrales; se descartan dos procesos, pues uno de ellos no tuvo mayor desarrollo procesal y no se nombraron árbitros, y el otro tenía una relación indirecta con la crisis, y su causa principal estaba fundada en regulaciones que afectaban la transferencia de las acciones y no en la crisis propiamente dicha. También se excluyen los procesos arbitrales originados en los mismos hechos, pero que se siguieron según las reglas UNCITRAL o ante otros centros de arbitraje, pues la información que se tiene sobre ellos es limitada y en muchos casos no se tiene noticia pública de su registro y de sus actuaciones, o del contenido de los laudos. La evolución de los procesos a lo largo de estos años puede apreciarse en el gráfico 3.

Gráfico 3. Procesos arbitrales ante el CIADI por año de inicio



Elaboración propia con datos del CIADI

En cuanto al contenido de los procesos es posible hacer una primera clasificación entre los procesos que tuvieron y tienen un desarrollo procesal significativo, y aquellos en los cuales la actuación frente al tribunal de arbitraje fue mínima y que no siguieron su curso, bien porque las partes solicitaron su suspensión o bien por su terminación anticipada. En estos casos la mayor parte de las compañías optaron por utilizar el arbitraje como un mecanismo de negociación con el gobierno argentino. En esta categoría se agrupan 17 arbitrajes, siete correspondientes a compañías domiciliadas en los Estados Unidos, nueve a compañías europeas y uno iniciado por una empresa de Chile.

La segunda clasificación corresponde a los procesos que cuentan bien con un laudo, bien con una decisión de nulidad o bien el proceso se encuentra en curso sin que hasta el momento haya concluido. En ella es posible hacer una subclasificación temática temporal, de modo que los casos contra la Argentina originados en la crisis 1999 – 2001, pueden dividirse en tres

grupos. El primero agrupa los cuatro procesos iniciales, que generaron un amplio marco de discusión en relación con el alcance del Derecho internacional de las inversiones. De ellos tres son casos relacionados con compañías de energía y gas, CMS, LG&E y Enron, y uno relativo a un inversor en el sector asegurador Continental Casualty; todas las sociedades con domicilio principal de negocios en los Estados Unidos. El segundo grupo de casos abarca la mayor parte de arbitrajes y son aquellos presentados entre 2003 y 2004. El tercer y último conjunto son los procesos arbitrales que se podrían denominar residuales y son aquellos iniciados con posterioridad a 2005, y que bien a la fecha no han terminado, o bien en sus decisiones los tribunales han seguido pautas ya elaboradas en los arbitrajes previos.

Según el profesor estadounidense José Álvarez aquellos en los que a la fecha se tiene una decisión (bien un laudo o bien la nulidad) se aprecia una gran inconsistencia en cuestiones probatorias, de lógica y del derecho aplicable⁴⁵⁹. La Argentina diseñó una estrategia de defensa similar en todos los casos: las medidas y regulaciones adoptadas por las autoridades de dicho Estado correspondían a medidas necesarias y excusables para dar respuesta a la crisis económica sufrida en el período 1999 – 2002. Sin embargo, los laudos tenían aproximaciones diferentes al momento de entrar a considerar la responsabilidad internacional de dicho Estado, en particular frente al tratado bilateral de protección de inversiones que correspondiera de acuerdo con el domicilio principal del inversor.

Álvarez identifica tres diferencias aparentes en dichos laudos, a saber: en primer lugar varios de los laudos difieren en cuanto a cuál es el derecho aplicable a la diferencia. En segundo lugar, las interpretaciones dadas por los diferentes tribunales respecto de las garantías otorgadas por los tratados bilaterales de inversiones no eran consistentes. En tercer lugar las diferentes

⁴⁵⁹ ÁLVAREZ, José (2009), *Op. Cit.*, p. 379.

percepciones frente a la noción de estado de necesidad contemplada en el Derecho internacional público⁴⁶⁰.

Los casos tienen unas causas y orígenes comunes. En primer lugar todos ellos cuestionan la legitimidad de la Argentina para adoptar medidas de emergencia para corregir los desajustes de su economía y que supongan un cambio en las condiciones que se les otorgaron para invertir en dicho país. Este cuestionamiento de la legitimidad de las medidas se da gracias a que dichas compañías tienen su domicilio principal en Estados que habían negociado, ratificado y depositado un tratado bilateral de protección de inversiones con la Argentina. Estos tratados brindaban una protección al inversor en dos sentidos, por una parte les brindaban una cobertura normativa, en el sentido que alegan tener derecho a que se les aplique el marco jurídico vigente al momento de materializar su inversión; por otra parte una protección procesal, pues gracias a dichos tratados tenían la facultad de acudir al CIADI o a otro tipo de arbitraje, sin acudir a la jurisdicción interna de la Argentina.

En segundo lugar todos los inversores procedieron a invertir en la Argentina como consecuencia del proceso de liberalización de su economía a finales de los años ochenta y en la primera mitad de la década de los noventa. Como se describió en el capítulo anterior, este país aplicó una política económica neoliberal, que contemplaba una amplia privatización de su sector público, incluyendo un gran número de compañías estatales. La mayor parte de las compañías que acudieron al CIADI son del sector de la energía, el gas, los hidrocarburos y el agua, que fueron los sectores más ampliamente privatizados. Llama la atención que las instituciones financieras, que fueron fuertemente afectadas por la crisis, no se destacan como accionantes importantes en los procesos arbitrales.

En tercer lugar, la regulación que generó más controversia fue la

⁴⁶⁰ *Ibidem*, p. 380.

correspondiente a la restricción a la transferencia de regalías de las subsidiarias a las matrices, a lo que se añadió la congelación de tarifas, y por último la eliminación por completo del régimen de la paridad cambiaria. Con la eliminación de la paridad cambiaria y la devaluación subsiguiente se afectó la situación financiera de dichas empresas, lo que se agudizó con la tendencia inflacionaria subsiguiente. La casi totalidad de las compañías accionantes ante el CIADI alegaron que estas medidas eran contrarias al trato justo y equitativo al que la Argentina se había obligado a brindar a los inversores como consecuencia de los tratados bilaterales de protección de inversiones.

En cuarto lugar, la estructura de la defensa de la Argentina en todos los casos fue similar, por no decir que idéntica⁴⁶¹. El elemento más importante de la misma consistía en alegar el estado de necesidad como recurso para legitimar la adopción de las regulaciones necesarias para conjurar la crisis económica. Este término es utilizado para señalar aquellos casos excepcionales en los cuales la única vía para que un Estado pueda salvaguardar su interés nacional, el cual es amenazado por un peligro grave e inminente, es incumplir una obligación internacional de menor entidad⁴⁶².

Para autores como Álvarez la cuestión del estado de necesidad y la interpretación que de éste hacen los árbitros es uno de los elementos centrales del arbitraje internacional de inversiones. Para este autor las diferencias y similitudes en los laudos arbitrales son elementos que configuran y moldean el régimen del Derecho internacional de las inversiones.

De los procesos que bien cuentan con un laudo o se encuentran activos, hay resultados de diverso tipo. Los tres casos del gas, que son los que podrían

⁴⁶¹ BURKE-WHITE, William W. (2008), "The Argentine Financial Crisis: State Liability under BITS and the Legitimacy of the ICSID System", *Asian Journal on WTO and International Health Law and Policy* (V. 3), pp. 205 – 209.

⁴⁶² CRAWFORD, James (2002), *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge: Cambridge University Press, p. 178.

denominarse paradigmáticos, son los presentados por las compañía Enron (en liquidación), LG&E, y CMS. En ellos las cuestiones sobre el estado de necesidad se discutieron a fondo y los resultados entre los tres laudos inconsistentes, lo cual se agravó aún más en las nulidades posteriores. Álvarez resume los problemas sobre la defensa del estado de necesidad a cinco posiciones diferentes asumidas bien por los tribunales o bien por el comité ad hoc para resolver la nulidad. La pregunta principal es si alegar el estado de necesidad como medio de defensa exige acudir a los criterios generales que se encuentran en el derecho consuetudinario internacional y en los Artículos sobre la Responsabilidad Internacional del Estado propuestos por la Comisión de Derecho internacional. A partir de allí es posible identificar cuatro modalidades de preguntas planteadas por estos tribunales, es importante anotar que el marco jurídico de estas preguntas está delimitado por el tratado bilateral de inversiones suscrito entre los Estados Unidos y la Argentina, razón por lo cual no es posible replicarlo a los casos de las compañías europeas y de Chile.

El primer tipo de divergencia se da frente a la cuestión de si un tratado bilateral de inversiones contiene una cláusula de seguridad esencial del Estado, ¿ésta supondrá una defensa diferente del estado de necesidad? Una segunda divergencia es si alegar el estado de necesidad contenido en el derecho consuetudinario internacional cuando el tratado guarda silencio al respecto, ¿es un medio de defensa válido? En tercer lugar, si se asume que la defensa es aplicable, ¿a qué requisitos está obligado el Estado a mostrar para invocarla de manera exitosa? En cuarto lugar, si una norma concreta del tratado ofrece un medio de defensa diferente del de necesidad, ¿qué deberá invocarse para que éste triunfe? Frente a estas cuestiones los tribunales de CMS, LG&E y Enron llegaron a conclusiones diferentes, lo mismo que los comités ad hoc para resolver las nulidades.

En los procesos que están activos o que cuentan con algún tipo de laudo se identifica una gran diversidad en el alcance de los fallos, sin visualizar una

excesiva deferencia bien hacia el inversor o bien hacia el Estado. De forma que es necesario preguntarse, ¿por qué son tan criticados estos laudos? Para autores como van Harten la crítica que se le hace al régimen del arbitraje internacional de inversiones se fundamenta en el marcado carácter liberal⁴⁶³ del sistema, lo que permite que sea más sensible a los intereses de las compañías inversoras que al de los Estados en un momento dado.

Para este autor el diseño del régimen internacional de inversiones refleja la expansión de la autoridad privada como un método de regulación. Para él, la autoridad privada es central en el régimen del arbitraje internacional de inversiones por dos razones. La primera de ellas por la capacidad que tienen las compañías multinacionales de incorporar el régimen en sus estrategias de negocios a través de la invocación de estándares jurídicos y mecanismos que limiten la acción del Estado para el control de capitales. La segunda razón, atiende al hecho que el sistema permite la delegación a los árbitros, que son personas particulares, por parte de los Estados de la autoridad de adjudicación propia de los tribunales. De tal forma que el régimen se soporta en la *juridificación* y en el arbitraje como un método de gobernanza global⁴⁶⁴.

Al soportarse en tratados internacionales, esto es el Convenio del CIADI y los distintos tratados bilaterales de inversiones y los tratados de libre comercio con un capítulo de protección de inversiones, el régimen del arbitraje de inversiones no está plenamente divorciado del sistema estatal de Estados. Es decir, se requiere del consentimiento del Estado como sujeto de Derecho internacional público para vincularse a él y generar una obligación jurídica internacional. De acuerdo con Van Harten, esta situación refleja una evolución en el contexto de la economía política internacional en la cual los intereses de los conglomerados multinacionales son priorizados en los

⁴⁶³ En este caso es un liberalismo económico.

⁴⁶⁴ VAN HARTEN, Gus (2005), "Private Authority and Transnational Governance: The Contours of the International System of Investor Protection, *Review of International Political Economy* (V.12), p. 4.

esquemas regulatorios de la gobernanza doméstica y global. El cambio se da en que la autoridad privada, en tanto que autoridad, no requiere evitar el control del Estado, sino que es en muchas ocasiones delegataria o complemento de la misma. En el régimen del arbitraje de inversiones se requiere también de la acción del Estado para autorizar y ejecutar los reclamos del inversor y de la aplicación de los laudos arbitrales proferidos por los tribunales del CIADI⁴⁶⁵, pero al mismo tiempo supone investir de autoridad a individuos que actúan como abogados al tornarse temporalmente como adjudicadores de una controversia de Derecho internacional híbrida pues supone una diferencia entre un Estado y un inversor, sujeto a un régimen internacional particular y que implica, tanto de facto como de iure, una deferencia a los derechos de una organización privada.

Los casos argentinos a pesar de su relevancia en la literatura asociada al arbitraje de inversiones, no suponen en su resultado un reto radical al Estado argentino, frente a las decisiones contenidas en los laudos arbitrales correspondientes. Las condenas y exoneraciones son relativamente equilibradas y no implican, hasta el momento, una condena sistemática a la política adoptada por este país para resolver la crisis económica que experimentó. Tampoco parecen reflejar un prejuicio a priori por parte de los árbitros frente a la política de un estado. Las consecuencias negativas para la Argentina, son externas al régimen del arbitraje en si mismo.

Dicho lo anterior, es evidente que el uso que se le da al arbitraje CIADI si parece reflejar la crítica que autores como van Harten⁴⁶⁶ o Burke-White le formulan. En efecto, a buena parte de las compañías no pareciera,

⁴⁶⁵ *Ibidem*, p. 19.

⁴⁶⁶ *Vid.* VAN HARTEN, Gus (2008), *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford: Oxford University Press, BURKE WHITE, William W. (2008), *Op. Cit.*, y BURKE-WHITE, William W. & STADEN, Andreas von (2008), “Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties”, *Virginia Journal of International Law* (V. 48).

necesariamente, interesarles el resultado final del arbitraje, sino la presión que los procesos ejercen sobre el Estado. En el período 2001 – 2003 la Argentina tuvo que enfrentar el inicio de 22 procesos arbitrales, mientras que al mismo tiempo gestionaba con el Fondo Monetario Internacional, con la banca internacional y los acreedores privados un rescate financiero, y se encontraba inmersa en una profunda crisis política. Desde dicha perspectiva las compañías usan el arbitraje de inversiones como un mecanismo más para ejercer presión sobre el Estado, cuando éste adopta regulaciones contrarias a sus intereses.

Quizá lo más relevante es que estos arbitrajes ponen de presente la emergencia de la autoridad privada en la gobernanza global a través de la figura de los árbitros. Estos sujetos con su doble calidad de abogados y de árbitros, operan con amplias facultades en la operación del tribunal y en particular en las decisiones que profieren. La presencia ubicua del abogado que está facultado para ser árbitro, gracias al prestigio profesional y académico del cual goza, le permite influenciar la manera en la cual se configura y opera el régimen del arbitraje internacional de inversiones y a partir de este el del Derecho internacional de las inversiones. Las peculiares características de este último posibilitan que la labor de los árbitros tenga un impacto más profundo en el régimen, que en otras modalidades del arbitraje. De allí que las decisiones arbitrales y su gestión como abogados y divulgadores del arbitraje de inversiones permita que sean reconocidos como una autoridad en el marco de este régimen. Los arbitrajes relacionados con la crisis argentina permiten, además, explorar cómo en el contexto de una crisis con implicaciones globales opera este tipo de autoridad. Es necesario dirigir la atención a quiénes son estos individuos y qué origen tienen para determinar su carácter de autoridad en la gobernanza global contemporánea.

6. Los procesos arbitrales ante el CIADI originados en la crisis argentina (1999 - 2002)

Para efectos del análisis de los diversos procesos se segmenta su estudio en dos partes. En la primera de ellas se analizarán aquellos que no alcanzaron un laudo definitivo, en la segunda, los que sí lo alcanzaron. Las características de los dos tipos de procesos son diferentes, pues en los primeros la terminación se da principalmente por haber llegado a algún tipo de acuerdo entre la compañía y el gobierno argentino, suspendiendo con ello todo tipo de actuaciones. En el segundo tipo de arbitrajes se aprecia una radicalización en las posturas de las partes, lo cual conduce a que el mecanismo de solución de diferencias llegue a su etapa final. Se aprecia que la casi totalidad de los accionantes⁴⁶⁷ provienen de los Estados Unidos o de los Estados miembros de la Unión Europea, con lo cual se evidencia una constante propia del régimen internacional de las inversiones, según la cual los demandados son en su casi totalidad países en vías de desarrollo y los accionantes compañías domiciliadas en Estados desarrollados.

Es importante destacar que el contar con un laudo no significa el fin del proceso ante el CIADI, pues si bien las decisiones no son apelables, si es posible solicitar su nulidad. En tal sentido la Argentina ha definido como su estrategia de litigio arbitral solicitar la nulidad de todos aquellos laudos que le sean contrarios. Por tanto, si bien se cuenta con un laudo, esto no implica necesariamente que el proceso ya esté definido. Los arbitrajes se presentan en dos grupos, en primer lugar los correspondientes a las compañías de los

⁴⁶⁷ Solo dos compañías domiciliadas en Chile son accionantes en procesos contra la Argentina, *Vid.* HAMILTON, Jonathan C., GARCÍA-BOLIVAR, Omar E. & OTERO, Hernando (eds.) (2012), *Latin America Investment Protections: Comparative Perspectives on Laws, Treaties, and Disputes for Investors, States and Counsel*, Leiden: Martinus Nijhoff.

Estados Unidos y de Chile, y en segundo lugar a las domiciliadas en Europa, todas ellas ordenadas cronológicamente según la fecha de registro del caso en la Secretaría del CIADI.

6.1. Procesos ante el CIADI finalizados de forma anticipada o suspendidos

Este acápite referencia los procesos que a diciembre 31 de 2012 no contaban con un laudo que adjudicara derechos entre las partes sometidas a la jurisdicción del CIADI. Por el contrario, se enuncian aquellos arbitrajes que culminaron por una vía diferente a la de un laudo, como consecuencia de algún nivel de acuerdo entre las partes, o por la inacción del inversor.

6.1.1. Procesos correspondientes a compañías estadounidenses y chilenas

AES

AES es una compañía constituida en el Estado de Delaware (EE. UU.) y domiciliada en la ciudad de Arlington, Estado de Virginia del mismo país. Opera en la actualidad en 27 países y participó en la privatización de ocho generadoras de energía y tres distribuidoras de la provincia de Buenos Aires. Presentó una reclamación como consecuencia de los cambios en los métodos de cálculo y ajuste de las tarifas⁴⁶⁸, por un valor de US\$750 millones⁴⁶⁹. El fundamento jurídico del arbitraje es el tratado bilateral suscrito entre los Estados Unidos de América y la República Argentina, vigente desde 20 de

⁴⁶⁸ AES Corporation vs. Argentina, *Decision on Jurisdiction* (26 de abril de 2005), Caso CIADI ARB/02/17, p. 2.

⁴⁶⁹ TORTEROLA, Ignacio & BRIAN GOSIS, Diego (2010), “Argentina”, en HAMILTON, Jonathan C., GARCÍA-BOLIVAR, Omar E. & OTERO, Hernando (eds.) (2010), *Op. Cit.*, p. 25.

octubre de 1994.

La compañía fue representada por el despacho Clifford Chance y la Argentina por medio de los abogados de la Procuraduría del Tesoro de la Nación. Los árbitros designados por las partes fueron Karl-Heinz Böckstiegel, de nacionalidad alemana, por AES y Domingo Bello Janeiro, español, por el Estado argentino. El CIADI designó como tercer árbitro y presidente del tribunal al profesor Pierre-Marie Dupuy, nacional de Francia⁴⁷⁰.

El tribunal alcanzó a proferir una decisión en la que afirma su jurisdicción para conocer del asunto en 2005, desestimando las objeciones argentinas. Sin embargo, en enero de 2006, la compañía y el gobierno argentino solicitaron la suspensión del proceso al dar inicio a negociaciones directas con la finalidad de superar la diferencia. A la fecha las partes han constantemente prorrogado dicha suspensión, pero no han dado por terminado el proceso, pues se diferenciaron las reclamaciones hechas a la provincia de Buenos Aires, ya conciliadas, y las que corresponden al gobierno federal argentino, las cuales se encuentran en negociación ⁴⁷¹ y por ello no se termina igualmente el proceso arbitral.

Pioneer

Pioneer Natural Resources Company, compañía estadounidense, invirtió en el sector de hidrocarburos argentino a través de dos sociedades Pioneer Natural Resources Sociedad Anónimo y Pioneer Natural Resources Tierra del Fuego⁴⁷². Como consecuencia de las modificaciones en el régimen de cambios argentino, la empresa presentó una solicitud de arbitraje al CIADI, requiriendo una indemnización de US\$650 millones.

⁴⁷⁰ AES Corporation vs. Argentina, *Decision on Jurisdiction (26 de abril de 2005)*, Caso CIADI ARB/02/17, p. 3.

⁴⁷¹ TORTEROLA, Ignacio & BRIAN GOSIS, Diego (2010), *Op. Cit.*, p. 25.

⁴⁷² *Ibidem*, p. 29.

El proceso se registró el 5 de junio de 2003 y el 1 de diciembre del mismo año se conformó el tribunal. Los miembros del tribunal fueron Piero Bernardini, italiano, Brigitte Stern, francesa y Lucius Caflish, ciudadano suizo como presidente del tribunal. En este proceso no alcanzó a proferirse acto alguno por el tribunal, pues las partes conciliaron sus diferencias y terminaron el proceso⁴⁷³.

Pan American y BP

Se trata de dos procesos arbitrales gestionados de forma conjunta por corresponder a una misma concesión. Pan American Energy LLC y BP Argentina Exploration Company son compañías estadounidenses especializadas en la exploración de hidrocarburos y en la generación de energía, constituidas en el Estado de Delaware, EE. UU.. Las dos empresas son propietarias de PAE Branch (PAE) y de BP Argentina Exploration Company (BP). PAE y BP a través de sus subsidiarias en la Argentina son titulares del 20% de las acciones de Central Dock Sud S. A. y del 16% de las de Gas Nea S. A., ambas generadoras de energía eléctrica⁴⁷⁴. Además las subsidiarias de los demandantes explotan una serie de concesiones de extracción y procesamiento de hidrocarburos y alegan un incumplimiento del tratado bilateral de inversiones entre los Estados Unidos y la República Argentina y reclaman una indemnización equivalente a US\$1.321.

El arbitraje se registró el 6 de junio de 2003 y el 6 de febrero de 2004 se constituyó el tribunal. Éste está conformado por Albert Jan van den Berg, neerlandés designado por las dos compañías, Brigitte Stern, francesa designada por la Argentina, y el suizo Lucius Caflish designado por el CIADI y quien obró como presidente. Fueron apoderadas las demandantes por King & Spalding y la Argentina representada por la Procuraduría del Tesoro. Al

⁴⁷³ *Ibidem*, p. 29.

⁴⁷⁴ Pan American Energy LLC & BP Argentina Exploration Company vs. Argentina, *Decision on Preliminary Objections* (27 de julio de 2006), Caso CIADI ARB/03/13 y ARB/04/8, p. 7.

igual que en todos los procesos la Argentina objeta la jurisdicción del tribunal, y éste se pronunció el 27 de julio de 2006 negando las objeciones de dicho Estado. Posteriormente, las partes acordaron dar inicio a negociaciones directas y suspender el arbitraje, finalmente en agosto de 2008 notificaron al CIADI terminar el proceso.

Unisys

Unyisis es una compañía informática de los Estados Unidos que es propietaria de Unisys América Latina, por medio de la cual ofrece servicios de tecnología al Consejo de la Magistratura y a la Rama Judicial de la Argentina. Esta controversia a diferencia de las demás tiene un origen estrictamente contractual, pero surge por la misma causa que es la eliminación del régimen de convertibilidad.

En septiembre de 2004 se conformó el tribunal, siendo parte de él Piero Bernardini, italiano, Jean Paul Chabaneix, peruano, y Juan Fernández-Armesto, español, como presidente del tribunal. Unisys estaba representada por la firma estadounidense Boies, Schiller & Flexner y la Argentina por la Procuraduría del Tesoro. De forma casi inmediata las partes dieron inicio a negociaciones directas y al año siguiente solicitaron la suspensión del proceso al CIADI, la cual se mantiene a la fecha.

Azurix Mendoza

Azurix Mendoza es una filial de Azurix Corporation (actualmente American Water Works), la cual a su vez posee el 33,3% de Inversora Mendoza y el 57.5% de Inversora Aconcagua S .A., quienes tienen una participación del 32.08% en Obras Sanitarias de Mendoza⁴⁷⁵, ente privatizado por el gobierno argentino. El arbitraje se registró el 8 de diciembre de 2003, pero el tribunal solo se constituyó en marzo de 2008 y está conformado por el juez Antonio Cançado Trindade de Brasil, Bernard Hanotiau de Bélgica y Gustaf Möller de

⁴⁷⁵ *Ibidem*, pp. 34 – 35.

Finlandia, quien obra como presidente. Azurix está representada por la firma King & Spalding y la Argentina por la Procuraduría del Tesoro.

Con posterioridad a la constitución del tribunal, el señor Cançado Trindades fue designado como juez en la Corte Internacional de Justicia, por lo cual renunció. En su reemplazo fue designado el neozelandés Donald McRea. En septiembre de 2009, antes de la celebración de la vista sobre jurisdicción, las partes solicitaron la suspensión del proceso, condición en la cual se encuentra desde dicha fecha.

CIT Group

CIT es una compañía estadounidense que ofrece servicios financieros para apalancar la compra de maquinaria y equipos a operadores públicos y privados. Esta compañía no tenía relación directa alguna con el gobierno argentino y optó por acudir al CIADI alegando el impacto negativo que el fin del esquema de convertibilidad cambiaría tendría en sus operaciones. El monto de la reclamación ascendía a US\$180 millones.

El tribunal se constituyó en noviembre de 2004 y sus miembros fueron Claus von Wobeser de nacionalidad mexicana, Christian Tomuschat de nacionalidad alemana, y Pierre-Marie Dupuy francés, quien obró como presidente del tribunal. En 2007 el tribunal profirió la decisión sobre jurisdicción, la cual no se hizo pública. En marzo de 2009 y luego de lograr un acuerdo con la Argentina⁴⁷⁶, CIT solicitó la terminación del proceso, la que se hizo efectiva en mayo del mismo año.

RGA Reinsurance Company

Se trata de una compañía de reaseguros Reinsurance Group of America, domiciliada en Chesterfield, Missouri en los Estados Unidos. Esta sociedad adelantaba inversiones en el sector de los administradores de fondos de pensiones en la Argentina. El tribunal se constituyó el 18 de julio de 2005

⁴⁷⁶ *Ibidem*, pp. 36.

por el italiano Piero Bernardini, por el egipcio Georges Abi-Saab y por el indio Fali S. Nariman, pero de forma inmediata la compañía llegó a un acuerdo con el Estado argentino⁴⁷⁷.

Compañía General de Electricidad (CGE)

CGE es una empresa domiciliada en Chile que a través de su subsidiaria CGE Argentina era inversora en Empresa Distribuidora de Electricidad de Tucumán S. A., Empresa Jujeña de Servicios Dispersos S. A. y en Energía San Juan S. A.⁴⁷⁸. El arbitraje se registró en febrero de 2005 con fundamento en el tratado bilateral de inversiones entre Chile y la Argentina. El tribunal se conformó en junio de 2006 y estuvo integrado por Georges Abi-Saab, Henrí C. Álvarez y por el suizo Pierre Tercier, designado éste por el CIADI y por tanto presidente del Tribunal. En la medida en que se trata de tres concesiones en tres provincias diferentes, CGE comenzó negociaciones por separado con cada uno de ellas, logrando en diciembre de 2006 un acuerdo con la provincia de San Juan y solicitando una suspensión del proceso en abril de 2007. Para finales de 2008 llegó a un acuerdo con la provincia de Jujuy y al año siguiente con la de Tucumán, con la subsiguiente solicitud al CIAID de terminación del proceso.

6.1.2. Procesos correspondientes a compañías europeas

Camuzzi 1

Camuzzi era una multinacional italiana, que fue posteriormente absorbida por Enel SPA, la cual adquirió dos compañías proveedoras, Sodigas Sur y Sodigas Pampeana, del servicio de gas natural a siete provincias argentinas. Camuzzi presentó solicitud de inicio del proceso arbitral ante el CIADI el 8 de noviembre de 2002, alegando el incumplimiento del tratado bilateral de protección de inversiones entre la Argentina y la Unión Económica entre

⁴⁷⁷ *Ibidem*, pp. 37.

⁴⁷⁸ *Ibidem*, p. 38.

Bélgica y Luxemburgo⁴⁷⁹.

La compañía alega que la ley de pesificación, la cual dio por terminado el esquema de convertibilidad entre el dólar estadounidense y el peso argentino, impidió indexar las tarifas de prestación del servicio en unidades basadas en dólares. Tal medida por lo tanto supuso negar las garantías otorgadas al inversionista en virtud del tratado y en consecuencia generó una violación de las disposiciones de protección a los inversionistas contemplados en dicho tratado bilateral de protección de inversiones.

Camuzzi era propietaria del 56.91% de las acciones de Sodigás Sur S.A. y de Sodigás Pampeana S.A., el 43.09% restante de los títulos estaban en cabeza de Sempra, quien también inició un proceso arbitral contra la Argentina. Por su parte estas compañías controlaban el 90% y el 86.09% de Camuzzi Gas del Sur S.A. y de Camuzzi Gas Pampeana⁴⁸⁰ S.A., que eran las compañías que ostentaban las licencias de distribución correspondientes.

La República Argentina objetó la jurisdicción del tribunal conformado según las reglas del CIADI. Alegaba en primer lugar que la compañía no reunía los requisitos para ser considerada como extranjera⁴⁸¹. La segunda objeción que presentó la Argentina consistió en que el solicitante solo le es posible reclamar un desmedro patrimonial si esto es consecuencia de unas pérdidas directas, no indirectas⁴⁸². La tercera objeción presentada se refería a la ausencia de *jus standi* por parte de Camuzzi, esto es que el solicitante no tiene la legitimación para presentarse ante el CIADI reclamando una reparación por vía del arbitraje internacional de inversiones, toda vez que según dicho Estado la compañía italiana como tal no tenía presencia directa en las

⁴⁷⁹ CAMUZZI INTERNATIONAL S.A. vs. THE ARGENTINE REPUBLIC, *Decision on Objections to Jurisdiction (11 de mayo de 2005)*, Caso CIADI No ARB/03/2, p. 3.

⁴⁸⁰ *Ibidem*, p. 4.

⁴⁸¹ *Ibidem*, p. 7.

⁴⁸² *Ibidem*, p. 12.

acciones de las nacionales⁴⁸³. La cuarta objeción se orientó al carácter no procedente del arbitraje pues se encuentra en curso un proceso de renegociación de los términos del contrato con el solicitante⁴⁸⁴. Una quinta objeción fue el hecho que Camuzzi no probó su estatus de inversor extranjero ⁴⁸⁵ y finalmente la sexta objeción atendió al hecho que la reclamación ya se ha presentado ante los tribunales nacionales⁴⁸⁶.

El tribunal desestimó todas las objeciones presentadas por la Argentina, y estimó que el Derecho internacional era la legislación aplicable al caso en concreto. A su vez consideró que era competente para conocer de la controversia⁴⁸⁷. Sin embargo, las partes decidieron suspender el proceso arbitral como consecuencia de la renegociación del contrato entre ellas⁴⁸⁸, suspensión que se mantiene vigente a agosto de 2012.

La compañía designó a Marc Lalonde, canadiense, como árbitro y la Argentina a Sandra Morelli-Rico, colombiana, como el segundo miembro del tribunal. El CIADI a su vez designó al chileno Francisco Orrego Vicuña como tercer árbitro y presidente del tribunal. La firma King & Spalding representó a Camuzzi y los abogados de la Procuraduría del Tesoro de la Nación a la Argentina.⁴⁸⁹

Camuzzi 2

En un proceso arbitral separado, Camuzzi solicitó reparación por las inversiones hechas en dos distribuidoras de energía (EdeA y EDERSA) y en una empresa de interconexión TRANSPA, las primeras en la provincia de

⁴⁸³ *Ibidem*, p. 20.

⁴⁸⁴ *Ibidem*, p. 26.

⁴⁸⁵ *Ibidem*, p. 28.

⁴⁸⁶ *Ibidem*, p. 29.

⁴⁸⁷ *Ibidem*, p. 38.

⁴⁸⁸ *Procedural Details*, disponible en <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (última consulta 3 de septiembre de 2012).

⁴⁸⁹ TORTEROLA, Ignacio & BRIAN GOSIS, Diego (2010), *Op. Cit.*, p. 27.

Buenos Aires y la última en la Patagonia⁴⁹⁰. El monto solicitado era de US\$ 245 millones, y se fundamentaba en el Convenio Bilateral de Protección de Inversiones suscrito por Bélgica-Luxemburgo con la República Argentina. El tribunal se constituyó el 7 de octubre de 2003, conformado por el canadiense Henri C. Álvarez, designado por Camuzzi, el uruguayo Henrí Gross Spiell, designado por la Argentina, y el colombiano Enrique Gómez Pinzón, nombrado por el CIADI, como tercer árbitro y presidente del tribunal⁴⁹¹. Las partes estaban representadas por King & Spalding, los demandantes, y por la Procuraduría del Tesoro, la República Argentina.

Las inversiones de Camuzzi en estas compañías obedecen a cierta ingeniería societaria por vía de diferentes sociedades, la cual se estructura de la siguiente forma: la filial argentina de Camuzzi, controlada en un 99.99%, es titular del 40% de las acciones de una compañía denominada TRELPA, la cual a su vez posee 51% de los títulos de la Empresa de Transporte de Energía Eléctrica por Distribución Troncal de la Patagonia S. A. “TRANSPA”⁴⁹². Esta última es la adjudicataria de un contrato de concesión de transporte de energía bajo jurisdicción federal y el cual es afectado por las regulaciones expedidas para conjurar la crisis de 2000/2001.

Por otra parte, Camuzzi Argentina posee la totalidad B. A. Energy, y ésta es titular del 55% de Inversora Eléctrica Argentina, la cual es propietaria del 90% de las acciones de Empresa Distribuidora de Energía Atlántica, y es la titular del contrato de privatización bajo la jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires. Finalmente, Camuzzi Argentina ostenta la propiedad de la Empresa Energía del Rio Negro S. A., adjudicataria de un contrato de privatización con la provincia del mismo nombre.

La República Argentina rechazó la jurisdicción y competencia del CIADI,

⁴⁹⁰ *Ibidem*, p. 27.

⁴⁹¹ CAMUZZI International vs. Argentina, *Decisión del Tribunal de Arbitraje sobre Excepciones a la Jurisdicción (10 de junio de 2005)*, Caso CIADI ARB/03/7, p. 4.

⁴⁹² *Ibidem*, pp. 8 – 9.

entre otros argumentos por no ser un inversionista extranjero en los términos del tratado de protección recíproca de inversiones⁴⁹³. El tribunal desestimó las objeciones argentinas a su jurisdicción y competencia y ordenó continuar con el proceso⁴⁹⁴. Sin embargo, en enero de 2007⁴⁹⁵ las partes le notificaron al CIADI que estaban adelantando negociaciones, y Camuzzi procedió a retirar la reclamación, dándose por terminado el proceso arbitral.

Gas Natural

Gas Natural SDG S.A. es una compañía española que al igual que las organizaciones arriba reseñadas participó en el masivo proceso de privatización que llevó a cabo la Argentina durante la década de los años noventa. En él adquirió, a través del consorcio Invergás S.A., el 70% de las acciones de Gas Natural BAN S. A. (BAN)⁴⁹⁶, sociedad constituida para asumir la operación de la estatal Gas del Estado que se liquidó, para distribuir y operar el servicio de gas en la zona norte de la provincia de Buenos Aires. Como consecuencia de la Ley de Emergencia las tarifas inicialmente pactadas en dólares estadounidenses se *pesificaron* y se prohibió el envío de las utilidades al extranjero⁴⁹⁷.

Además la Ley de Emergencia supuso un efecto financiero desfavorable para Gas Natural, pues implicaba que las facturas de energía a los consumidores se facturaran en pesos argentinos, tipo de cambio sujeto en ese momento a una intensa devaluación, pero la deuda que hubieran adquirido en dólares estadounidenses se conservaba en esa moneda⁴⁹⁸. Lo cual según Gas Natural significó una pérdida del valor de la inversión extranjera y por tanto decidió acudir al CIADI. La Argentina solicitaba que no se constituyera el tribunal

⁴⁹³ *Ibidem*, p. 10.

⁴⁹⁴ *Ibidem*, p. 33.

⁴⁹⁵ TORTEROLA, Ignacio & BRIAN GOSIS, Diego (2010), *Op. Cit.*, p. 27.

⁴⁹⁶ Gas Natural SDG S. A. vs. The Argentine Republic, *Decision of the Tribunal on the Preliminary Questions on Jurisdiction (17 de junio de 2005)*, Caso CIADI ARB/03/10, p. 6.

⁴⁹⁷ *Ibidem*, p. 9.

⁴⁹⁸ *Ibidem*, p. 11.

por no darse las condiciones exigidas en el tratado bilateral de protección recíproca de inversiones suscrito con el Reino de España.

El tribunal consideró que sí tenía jurisdicción y competencia sobre la diferencia y procedió a convocar las audiencias fijadas en el Reglamento del CIADI. El tribunal estuvo conformado por Henri C. Álvarez, nacional de Canadá designado por Gas Natural, el venezolano Pedro Nikken designado por la República Argentina y el profesor Andreas Lowenfeld designado por el CIADI, quien ejerció como presidente del Tribunal. La firma de abogados de Gas Natural fue Freshfields Bruckhaus Deringer, y la Argentina a la Procuraduría del Tesoro Público, como en todos sus casos. La vistas programadas no se llevaron a cabo pues Gas Natural y la Argentina están en proceso de conciliar directamente sus diferencias y solicitaron la suspensión, mas no la terminación, del proceso; el cual se encuentra en dicha condición desde el 11 de noviembre de 2005.

Aguas Cordobesas

Este es el tercer caso que el consorcio Suez y Aguas de Barcelona presentan contra diversos entes del Estado argentino. El arbitraje se registró el 17 de julio de 2003 y el tribunal se constituye el 17 de febrero del año siguiente conformado por la profesora suiza Gabrielle Kaufmann-Kohler, el abogado venezolano Pedro Nikken, y el profesor estadounidense Jeswald Salacuse designado por el CIADI y presidente del tribunal⁴⁹⁹.

Como consecuencia de los procesos de privatización al consorcio le fue adjudicado el servicio de suministro de agua de la ciudad de Córdoba. Suez ostentaba el 39.27% de las acciones y Agbar el 17.21%, y la reclamación ascendía a la suma de US\$112 millones⁵⁰⁰. El 16 de mayo de 2006 el Tribunal profirió una decisión en la que afirmaba su jurisdicción y competencia sobre el caso. Con posterioridad las partes entraron en negociaciones directas y el

⁴⁹⁹ TORTEROLA, Ignacio & BRIAN GOSIS, Diego (2010), *Op. Cit.*, p. 32.

⁵⁰⁰ *Ibidem*, p. 32.

consorcio transfirió la propiedad de la compañía a accionistas locales, dando por terminado el conflicto y el proceso en el CIADI, el 24 de enero de 2007.

Telefónica

El 21 de julio de 2003 se dio inicio al proceso que solicita la compañía española Telefónica contra la República Argentina, con base en el tratado recíproco de protección de inversiones suscrito entre el Reino de España y la República Argentina. Telefónica posee el 97.91% de Telefónica Argentina, compañía a la que se le adjudicó el servicio de telefonía en el proceso de privatización de la década de los años noventa. El Tribunal se conformó el 17 de marzo de 2004, siendo nombrados el juez estadounidense Charles N. Brower, el abogado mexicano Eduardo Siqueiros y el profesor italiano Giorgio Sacerdoti; elegido éste por el CIADI⁵⁰¹ y en consecuencia es el presidente del tribunal. A diferencia de la todas las otras compañías accionantes en los procesos arbitrales Telefónica eligió como abogado a la firma M & M Bomchill de Buenos Aires, siendo por tanto uno de los dos casos en que una compañía europea o estadounidense no contrata un bufete global para defender su causa ante un tribunal CIADI.

En este evento la adjudicación del servicio de telefonía se dio a través de la modalidad de licencia, por lo cual la Argentina se comprometía a no modificar las tasas cobradas por Telefónica y ante la eventual congelación de las mismas la compañía se haría acreedora a una indemnización. Las tarifas y su indexación bajo la Ley de Convertibilidad cambiaria se harían en dólares de los Estados Unidos. Bajo las leyes de emergencia económica, como se ha comentado, no solo se congelaron las tasas, sino que se *pesificaron* y por tanto Telefónica acudió al CIADI para buscar la compensación correspondiente

La Argentina siguiendo su estrategia de litigio ante el CIADI, objetó la jurisdicción del tribunal con base en seis argumentos: en primer lugar no se

⁵⁰¹ Telefónica S. A. vs. Argentina, *Decision on Jurisdiction (25 de mayo de 2006)*, Caso CIADI ARB/03/20, pp. 2 – 3.

daban los requisitos del artículo 25(1) del CIADI para convocar el arbitraje; en segunda instancia no se trataba de una diferencia asociada a la inversión extranjera en los términos del tratado bilateral de protección de inversiones; en tercer lugar el tribunal carecía de jurisdicción toda vez que la partes acordaron que el competente para conocer de las diferencias es la jurisdicción federal de la República Argentina; un cuarto argumento fue la ausencia de *ius standi* por parte de Telefónica, pues no es un sujeto de Derecho internacional público; un quinto punto fue que no han transcurrido los 18 meses de moratoria fijados en el artículo X del tratado de protección de inversiones; finalmente que no hay un daño cuantificable que justifique una indemnización.⁵⁰² El tribunal desestimó todas las objeciones de la Argentina y afirmó que tenía jurisdicción para decidir sobre esta diferencia.

Con posterioridad a dicha decisión las partes iniciaron negociaciones directas con la finalidad de solucionar sus diferencias. En octubre de 2006 solicitaron la suspensión del proceso arbitral y para septiembre de 2009 notificaron al CIAIDI su terminación definitiva⁵⁰³.

Enersis

Enersis es una compañía de energía constituida en Chile y controlada en un 60% por Endesa, empresa española del mismo sector con una gran inversión en América Latina. En tal sentido tiene la titularidad del 44.74% en Distrilec Inversora S. A. y en Empresa Distribuidora del Sur S. A. y el 29.02% en Elesur Enersis⁵⁰⁴. El tribunal se constituyó el 21 de enero de 2004, y fueron designados como árbitros Luis Herrera Marcano, de Venezuela, Roberto Volterra de Canadá y Roberto MacLean del Perú, quien obró como presidente. La firma de abogados de Enersis fue Jones Day, y la Argentina estuvo representada por la Procuraduría del Tesoro.

⁵⁰² *Ibidem*, p. 9.

⁵⁰³ TORTEROLA, Ignacio & BRIAN GOSIS, Diego (2010), *Op. Cit.*, p. 32.

⁵⁰⁴ *Ibidem*, p. 33.

Se celebró la vista para determinar las objeciones presentadas por la Argentina a la jurisdicción del tribunal en abril de 2005. Las partes decidieron, antes que el tribunal profiriera su decisión sobre la jurisdicción, suspender el proceso, situación en la que se encuentra desde entonces.

Electricidad Argentina y EDF International

EDF es una compañía francesa, que a través de Electricidad Argentina S. A. (EASA) poseía el 51% de las acciones de Comercializadora del Norte Distribution Company y de Comercializadora Norte S. A. (Edenor). Por su parte tenía el 39% del capital de Edenor, por vía de acciones clase B, con lo cual directa e indirectamente controlaba el 90% de Edenor⁵⁰⁵, que es concesionaria del servicio de energía del norte de la ciudad de Buenos Aires. Al igual que en los otros procesos la EDF reclama sobre la base de la congelación y la pesificación de las tarifas, lo cual supone un incumplimiento de las condiciones en las que se privatizó el servicio y por tanto una desprotección del inversionista de acuerdo con el tratado bilateral de protección de inversiones suscrito por la República Argentina con la República de Francia.

El tribunal se conformó en agosto de 2003 y se designaron como árbitros al peruano Fernando de Trazegnies Granda, a la suiza Gabrielle Kaufmann-Kohler y al profesor estadounidense William S. Park. El tribunal no alcanzó a celebrar las vistas sobre jurisdicción, pues las partes decidieron suspender el proceso desde noviembre de 2005, situación que ha sido prorrogada hasta marzo 30 de 2013, pero a la fecha EDF desinvirtió su participación en EDENOR y por tanto terminó el arbitraje.

France Telecom

La compañía francesa France Telecom controlaba el 54.74% de Telecom

⁵⁰⁵ *Ibidem*, p. 34.

Argentina a través de su filial Nortel Inversora S. A.⁵⁰⁶. A pesar de haber solicitado el inicio del arbitraje y haber presentado una reclamación por US\$300 millones, la compañía decidió transferir su participación a inversores locales en septiembre de 2003, por un valor de US\$125 millones⁵⁰⁷. En consecuencia, procedió a solicitar la terminación del arbitraje, del cual no se alcanzó a conformar tribunal.

Impregilo

Impregilo SpA es una organización italiana que construye y opera diferentes modalidades de infraestructura. En este evento se trata de una concesión para la construcción y operación de autovías en la provincia de Córdoba. El tribunal se constituyó el 13 de agosto de 2009 y estuvo integrado por el bangladesí Kammal Hossain, el estadounidense Charles N. Brower, y el sueco Hans Danelius. En agosto de 2010 las partes llegaron a un acuerdo directo y solicitaron la terminación del proceso⁵⁰⁸.

6.2. Los procesos arbitrales ante el CIADI con laudo o en proceso

Este grupo de procesos cuentan con una decisión por parte del tribunal CIADI correspondiente. Se encuentran diversas modalidades de laudo proferidos por estos tribunales de arbitraje. Está el laudo que decide sobre las cuestiones de jurisdicción, en él el tribunal se pronuncia sobre su jurisdicción y competencia para conocer del caso correspondiente. Como se indicó arriba en los procesos contra la Argentina, parte de la estrategia de litigio de dicho Estado es cuestionar la capacidad del tribunal de arbitraje CIADI para resolver la diferencia. Una vez el tribunal define que es

⁵⁰⁶ *Ibidem*, p. 36.

⁵⁰⁷ *Ibidem*, p. 37.

⁵⁰⁸ *Ibidem*, p. 41.

competente, fija las fechas para las vistas y para la emisión del laudo. El laudo propiamente dicho es el que resuelve la diferencia y adjudica derechos y obligaciones para las partes, en algunos procesos los tribunales han optado por dividir la emisión del laudo en dos momentos, el primero en el que resuelven si hay responsabilidad o no por parte del Estado, y el segundo en el que de encontrar responsable al Estado, se determinará el monto de la indemnización a pagar.

Los laudos no son susceptibles de apelación. Sin embargo, las partes pueden solicitar la revisión o aclaración del mismo, en cuanto a inconsistencias o pasajes confusos, o en cuanto al surgimiento de hechos de los cuales no se tenía conocimiento⁵⁰⁹. También es posible solicitar de forma extraordinaria la nulidad del laudo, por vicios inherentes al proceder del tribunal correspondiente. Estos vicios según las reglas del CIADI⁵¹⁰ son que el tribunal no se hubiera constituido correctamente, que se hubiera extralimitado de forma manifiesta en sus funciones, que se diera un incumplimiento grave de una norma de procedimiento, y que el laudo estuviera infundado. Una vez solicitada la nulidad a la Secretaría se conformará un comité ad hoc, que se ocupará de pronunciarse si declara o no la nulidad. En el evento de declararse deberá iniciarse de nuevo todo el proceso.

La Argentina ha solicitado la nulidad de todos los procesos en los que ha sido declarada responsable total o parcialmente. Tal situación ha generado una dilatación temporal de muchos procesos, algunos de los cuales ya se extiende por más de diez años. Al igual que en el acápite anterior la presentación de los procesos arbitrales se realiza atendiendo al origen del accionante, por ello en primer lugar se presentan los arbitrajes solicitados por compañías estadounidenses y chilenas, y en segundo lugar los

⁵⁰⁹ Artículo 51 del Convenio CIADI.

⁵¹⁰ Artículo 52 del Convenio CIADI.

correspondientes a las empresas y nacionales europeos. El orden de cada segmento atiende a la fecha de radicación de la solicitud en la Secretaría del CIADI.

6.2.1. Procesos correspondientes a compañías estadounidenses y chilenas

Enron Creditors Recovery Trust (anteriormente Enron Corporation Ponderosa Assets)

Enron era una compañía generadora de energía de los Estados Unidos que invirtió en una de las compañías creadas en el proceso de privatización del gas en la Argentina. En concreto Enron invirtió en Transportadora de Gas del Sur (TGS), una de las dos compañías en las que se escindió la conducción de gas en dicho Estado. En las condiciones regulatorias fijadas en los decretos 2255 y 2458 de 1992 del gobierno argentino para la privatización de esta compañía se establecía que las tarifas podrían calcularse en dólares de los Estados Unidos y de acuerdo con el índice de precios al productor estadounidense y que no serían congeladas, si esto sucediera habría lugar al pago de una indemnización⁵¹¹. A lo que se suma el compromiso que la licencia no sería modificada por el gobierno sin el consentimiento previo de Enron y que sería por un período de 35 años con la posibilidad de una prórroga de diez años más⁵¹².

Enron a través de una subsidiaria “Enron Pipeline Company Argentina S.A.” formó en 1992 un consorcio con otras tres compañías para ofertar por TGS. Su opción fue la triunfadora y se le asignó un 70% de las acciones de dicha empresa. Los cuatro miembros del consorcio aportaron una cuarta parte del capital a la sociedad por medio de la cual se canalizó la inversión denominada CIESA, de forma que Enron poseía a través de esta vía un 17.5% de las

⁵¹¹ Enron Corporation Ponderosa Assets, LP vs. Argentina, *Award* (22 de mayo de 2007), Caso CIADI No. ARB/01/03, p. 15.

⁵¹² *Ibidem*, p. 15.

acciones de TGS⁵¹³.

En 1996 Enron incrementó su participación en CIESA a un 37.5% y por tanto en TGS en un 26.25%. Más adelante en el mismo año, adquirió un nuevo porcentaje en CIESA el cual llegó al 50%, con el consiguiente ascenso al 35% en TGS⁵¹⁴. En 1999 consolidó a través de diversas operaciones un 35.5% en TGS⁵¹⁵.

Con el advenimiento de la crisis económica las autoridades regulatorias argentinas llevaron a cabo negociaciones con las distintas compañías que prestaban servicios públicos con la finalidad de obtener una suspensión en los ajustes de las tarifas. Dicho acuerdo se logró en enero de 2000 al posponerse por seis meses la indexación de dichas tasas⁵¹⁶. Sin embargo, el gobierno argentino requirió un nuevo acuerdo en el cual dicha suspensión se extendiera por un término adicional de dos años, esto es hasta junio de 2002. En el medio de dicho lapso de tiempo tuvo lugar lo peor de la crisis, y con ello la expedición de la Ley de Emergencia.

Como se aprecia en los casos ya examinados, la Ley de Emergencia eliminó la posibilidad de ajustar las tarifas en dólares de los Estados Unidos y en un índice de dicho país⁵¹⁷. También significó una negociación con todos los concesionarios para replantear los términos y condiciones de los contratos adjudicados en el proceso de privatización. Esta renegociación no funcionó de la mejor manera con los distribuidores de gas, las cuales se negaron a modificar sus contratos, entre ellos TGS, la cual procedió a iniciar un proceso arbitral ante el CIADI.

La decisión de acudir al arbitraje se tomó, según Enron, por las consecuencias que generó la modificación de la regulación argentina respecto

⁵¹³ *Ibidem*, p. 16

⁵¹⁴ *Ibidem*, p. 17.

⁵¹⁵ *Ibidem*, p. 18.

⁵¹⁶ *Ibidem*, p. 19.

⁵¹⁷ *Ibidem*, p. 21.

de la concesión. Según la compañía los daños se dieron en dos ámbitos: el primero en la incapacidad de reestructurar la financiación de la operación en argentina, toda vez que había requerido de endeudamiento para consolidar su posición accionaria en TGS. El segundo es la pérdida de valor de la compañía, acompañada de una caída en las utilidades de la misma⁵¹⁸. Por ello según el solicitante se incumplieron las garantías de protección a la inversión extranjera a las que la Argentina se había obligado en virtud del tratado bilateral de protección recíproca de inversiones suscrito con los Estados Unidos

Finalmente el tribunal encontró que la Argentina era responsable y que incumplió las disposiciones pertinentes del tratado. La Argentina solicitó la nulidad del laudo arbitral, la cual le fue concedida parcialmente⁵¹⁹ dando lugar al inicio de un nuevo proceso, el cual ya cuenta con un nuevo tribunal conformado por el malasio Cecil W. B. Abraham, el bangladesí Kamal Hossain y el neozelandés David A. R. Williams.

CMS

En CMS Gas Transmission Company (CMS) se encuadran dos laudos arbitrales, el primero que adjudica la controversia y el segundo el que resuelve el recurso extraordinario de nulidad del laudo inicial. CMS es una compañía estadounidense constituida bajo la legislación del estado de Michigan. La compañía solicitó el inicio del proceso arbitral el 27 de julio de 2001⁵²⁰, cuando el gobierno argentino se encontraba en una frenética actividad regulatoria para evitar el incumplimiento de los pagos internacional y para continuar con el esquema de paridad cambiaria que había adoptado once años antes. El CIADI admitió la solicitud el 24 de agosto del mismo

⁵¹⁸ *Ibidem*, p. 26.

⁵¹⁹ Enron Corporation Ponderosa Assets, LP vs. Argentine, *Decision on the Application of Annulment of the Argentine Republic (30 de Julio de 2010)*, Caso CIADI No. ARB/01/3 p. 169.

⁵²⁰ CMS Gas Transmission Company vs. Argentine, *Award (25 de septiembre de 2007)*, Caso CIADI No. ARB/01/8, p. 5.

año, dando inicio así al proceso arbitral.

Como consecuencia de las leyes de privatización y de convertibilidad el gobierno argentino expidió en 1992 la Ley No. 24.076 y el posterior Decreto 1738 del mismo año, por la cual regulaba el sector del gas⁵²¹. En desarrollo de esta legislación la compañía estatal Gas del Estado se escinde en dos entidades, y además con sus activos se crean ocho compañías de distribución. Una de estas se denomina Transportadora de Gas del Norte (TGN), según las condiciones de privatización las tarifas de esta compañía se calcularían en dólares estadounidenses y se ajustarían cada seis meses de acuerdo con el índice de precios al productor de los Estados Unidos⁵²². CMS adquirió el 29.42% de las acciones de TGN. A finales de 1999 el gobierno argentino notificó a la TGN de la necesidad de negociar una suspensión temporal de los ajustes de las tarifas dentro del plan de medidas adoptadas para conjurar la crisis económica. De esta forma los ajustes se suspendieron por un período de seis meses entre enero y junio de 2000, y que las eventuales pérdidas como consecuencia de dicha suspensión serían compensadas. Enargas el ente regulador argentino comunicó a TGN en julio de 2000 que era necesario posponer los ajustes hasta junio de 2002⁵²³. TGN apeló dichas resoluciones, pero ante lo dilatado del proceso, decidió presentar la solicitud de arbitraje y dar inicio al proceso en el CIADI⁵²⁴.

Con el agravamiento de la crisis se expidió la ley 25.561 denominada de emergencia⁵²⁵, por la cual se eliminó la convertibilidad y con ello la posibilidad de ajustar las tarifas a índices denominados en dólares estadounidenses. Por tanto todos los ajustes tendrían que hacerse en pesos argentinos y además deberían renegociarse con el Estado, a través de la denominada Comisión de Renegociación, las licencias otorgadas durante el

⁵²¹ *Ibidem*, pp. 16 – 17.

⁵²² *Ibidem*, p. 17.

⁵²³ *Ibidem*, p. 19.

⁵²⁴ *Ibidem*, p. 19.

⁵²⁵ *Ibidem*, p. 20.

período de privatización. Según CMS la suspensión en el ajuste de las tarifas y el hecho que no pudieran seguir calculándose en dólares, significa una reducción en los ingresos del 75%⁵²⁶. En consecuencia CMS se vio obligado a suspender la inversión en infraestructura.

La Argentina respondió a las reclamaciones de CMS indicando que las pérdidas sufridas por éste no correspondían a las cifras que dicha compañía estimaba, toda vez que las transacciones en dólares solo equivalían al 26.69% de sus ingresos⁵²⁷. A esto se suma que CMS tenía opciones de diversificar su financiación.

El tribunal condenó a la Argentina por incumplimiento de las obligaciones contenidas en el tratado bilateral de protección de inversiones suscrito por dicho Estado y los Estados Unidos de América, país en el cual tiene su domicilio principal CMS. La condena que fijó fue una indemnización de US\$133.2 millones, menos US\$2'148.100 por concepto de la transferencia de las acciones de la compañía correspondiente⁵²⁸. La República Argentina presentó la solicitud de nulidad del laudo arbitral, según el artículo 52 del Convenio CIADI, y para el efecto se constituyó la comisión ad hoc⁵²⁹ para la revisión de la legalidad del laudo original. Dicha comisión encontró en su casi totalidad ajustado a derecho el laudo y encontró improcedente la nulidad.

Freshfields Bruckhaus Deringer LLP fueron los abogados de CMS, coadyuvados por el despacho argentino M & M Bomchil de Buenos Aires. Llama la atención la presencia de Nigel Blackaby como uno de los apoderados principales, pues es uno de las referencias más nombradas como autoridad en el campo del arbitraje internacional. Los árbitros del tribunal fueron Francisco Orrego Vicuña, de Chile, quien ofició como presidente;

⁵²⁶ *Ibidem*, p. 22.

⁵²⁷ *Ibidem*, p. 24.

⁵²⁸ *Ibidem*, p. 139.

⁵²⁹ Art. 52(3) del Convenio CIADI.

Marc Lalonde, de Canadá, y Francisco Rezek, de Brasil.

LG&E

LG&E Energy Corporation y su matriz LG&E Capital (LG&E) son sociedades constituidas en los Estados Unidos, según la legislación del Estado de Kentucky. LG&E efectuó inversiones extranjeras en la Argentina durante el período de privatizaciones de la década de los noventa, específicamente en Distribuidora de Gas del Centro (Centro), Distribuidora de Gas Cuyana (Cuyana) y Gas Natural BAN S.A.(GasBAN)⁵³⁰.

A través del proceso de privatización del gas y en concreto de la compañía Gas del Estado S.E., se procedió a efectuar en 1992 una subasta internacional en la cual se adjudicó el 60% de las acciones de Cuyana, el 70% de GasBAN y el 90% de Centro⁵³¹. En diciembre de dicho año el gobierno argentino formalizó la adjudicación de dichas compañías a tres consorcios de capital extranjero. Estos consorcios eran de capital ítalo-español y con cierta participación de compañías argentinas.

Con posterioridad al acceso de Argentina al CIADI⁵³², LG&E adquirió porcentajes de participación en estas tres compañías ya privatizadas de la siguiente forma: un 45.9% en Centro, un 14.4% en Cuyana y un 19.6% en GasBAN⁵³³. Al igual que en los procesos ya reseñados, en este proceso el compromiso del gobierno argentino era la indexación de las tarifas en dólares estadounidenses y según el índice de precios al productor de los Estados Unidos. El tribunal condenó a la Argentina al pago de US\$57.400.000 a la compañía. La argentina solicitó la nulidad del laudo, y se constituyó el comité ad hoc para el efecto. Sin embargo, las partes han intentado llegar a un acuerdo negociado, por lo cual el trámite de la nulidad se encuentra en

⁵³⁰ LG&E Energy Corporation, LG&E Capital Corporation, LG&E International Incorporated vs. Argentina, *Anard* (25 de julio de 2007), Caso CIADI No. ARB/02/1, p. 1.

⁵³¹ *Ibidem*, p. 12.

⁵³² *Ibidem*, p. 14.

⁵³³ *Ibidem*, p. 14.

suspenso desde marzo de 2009.

El tribunal estuvo constituido por Tatiana Bogdanowsky de Maekelt, presidente del mismo y de nacionalidad venezolana, Francisco Rezek, de nacionalidad brasileña, y Albert Jan van den Berg, de nacionalidad neerlandesa. La firma estadounidense Covington & Burley fue la que representó los intereses de LG&E.

Sempra

Sempra Energy International (Sempra) es una compañía generadora de energía constituida y domiciliada en el Estado de California de los Estados Unidos de América. El 11 de septiembre de 2002 presentó solicitud de inicio del proceso arbitral ante el CIADI como consecuencia del pretendido incumplimiento por parte de la Argentina del tratado bilateral de protección de inversiones suscrito con los Estados Unidos. Sempra realizó inversiones en Sodigas Pampeana y Sodigas Sur, y éstas en Camuzzi Gas del Sur y Camuzzi Gas Pampeana, todas ellas distribuidoras de gas. Según Sempra estas inversiones se hicieron sobre la base que las licencias para operar se otorgaban por 35 años, prorrogables por otros diez; la indexación de las tasas en dólares estadounidenses y su actualización según el índice de precios al productor de EE.UU.; el compromiso que no se congelarían dichas tasas; igualmente la promesa vinculante de que no se revocaría la licencia, salvo incumplimiento grave y que las condiciones de ésta no se modificarían; y por último la aplicación del principio de indiferencia en relación con los subsidios públicos⁵³⁴. En detalle la participación de Sempra en Sodigas Pampeana y en Sodigas Sur es del 43.09%, las cuales poseen el 90% y el 86.09% de Camuzzi Gas del Sur y de Camuzzi Gas Pampeana⁵³⁵. Estas inversiones se consolidaron en octubre de 2000.

⁵³⁴ Sempra vs. Argentina, *Award* (28 de septiembre de 2007), Caso CIADI ARB/02/16, p. 22.

⁵³⁵ *Ibidem*, p. 22.

En concordancia con la mayor parte de los procesos ya enunciados Sempra presenta su demanda arbitral alegando que la Argentina incumplió las condiciones fijadas en las regulaciones que permitieron la privatización de los activos estatales y con ello la consiguiente desprotección del inversor extranjero lo que conduce a la violación de las condiciones fijadas en el convenio bilateral de protección de inversiones, suscrito con los Estados Unidos. Por tanto la eliminación de la convertibilidad cambiaria y con ello la imposibilidad de facturar e indexar las tarifas en dólares y en índices de los Estados Unidos, igualmente la modificación de las condiciones de la licencia de operación. La solicitud de arbitraje se radicó en diciembre de 2002 y en mayo del año siguiente se constituyó el tribunal, el cual estuvo conformado por Francisco Orrego Vicuña, chileno que obró como presidente, Sandra Morelli Rico, colombiana, y el canadiense Marc Lalonde. Sempra estuvo representada por la firma King & Spalding de los Estados Unidos.

El tribunal emitió el laudo en septiembre de 2007 en el que condenó a la Argentina al pago de US\$128 millones. La Argentina solicitó la nulidad del laudo y el comité ad hoc encontró que había una extralimitación en las facultades de interpretación de las normas por parte del tribunal y procedió a declarar la nulidad del mismo. De esta forma el proceso se inició de nuevo en abril de 2011 con la configuración del nuevo tribunal, el cual está conformado por el británico Vaughan Lowe, el bangladesí Kammal Hossain, y el neozelandés David A. R. Williams.

Metalpar S.A. Buen Aire S. A.

Metalpar S. A. es una compañía domiciliada en Chile cuyo objeto principal es la producción de carrocerías para vehículos. Esta compañía realizó inversiones en la sociedad argentina Loma Hermosa S. A. por valor de US\$28 millones. Alegan las compañías que con ocasión de los decretos de emergencia se dio una expropiación indirecta en la medida en que se ha afectado gravemente “los derechos y los créditos que tenía contra sus

clientes⁵³⁶?

El arbitraje se registró el 7 de abril de 2003 y el 23 de septiembre se conformó el tribunal por Duncan H. Cameron de los Estados Unidos, Jean Paul Chabaneix del Perú y Rodrigo Oreamuno Blanco de Costa Rica como presidente del tribunal. Por los accionantes la firma chilena Etcheberry Rodríguez Abogados y la firma argentina Estudio Brons & Salas fueron los representantes y por la Argentina la Procuraduría del Tesoro.

El tribunal identificó que, por oposición a lo que alegaban los accionantes, la situación de Metalpar se había beneficiado de otro tipo de medidas adoptadas por el gobierno argentino. En particular los subsidios a empresas transportadoras a los que se sumaron los destinados a recuperar la estabilidad general. Encontró el tribunal que en el lapso de tiempo transcurrido entre el inicio del arbitraje y la emisión del laudo la situación de la compañía ha mejorado y por tanto se abstiene de condenar a la Argentina⁵³⁷.

Continental Casualty

Continental Casualty solicitó el inicio del proceso arbitral el 17 de enero de 2003⁵³⁸, constituyéndose el tribunal el 6 de octubre de dicho año⁵³⁹. Esta compañía constituida en los Estados Unidos de América, bajo la legislación del estado de Illinois y subsidiaria de CNA Financial Inc., domiciliada en Chicago, realizó una inversión en CNA Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A., esta es una empresa de seguros de riesgos del trabajo, domiciliada en la Argentina, denominada antes Omega y que a partir de diciembre de 2000 el 99.9995%⁵⁴⁰ de sus acciones eran de titularidad de CNA vía Continental. Esta compañía que se ocupa de cubrir riesgos profesionales y fue privatizada

⁵³⁶ Metalpar S. A. & Buen Aire vs. Argentina, *Laudo sobre el fondo (6 de junio de 2008)*, Caso CIADI ARB/03/5, p. 23.

⁵³⁷ *Ibidem*, pp. 66 – 67.

⁵³⁸ Continental Casualty vs. Argentina, *Award (5 de septiembre de 2008)*, Caso CIADI No ARB/03/9, p. 1.

⁵³⁹ *Ibidem*, p. 3.

⁵⁴⁰ *Ibidem*, p. 4.

en 1996⁵⁴¹.

De conformidad con la legislación argentina del momento, CNA debía invertir su portafolio como compañía de seguros en activos financieros argentinos. Sin embargo, con ocasión de las normas expedidas inicialmente para evitar el fin de la convertibilidad y luego para conjurar la crisis por el incumplimiento de los pagos de la deuda y el fin de la paridad con el dólar, le impidió a la compañía buscar cobertura financiera para cubrir dichos riesgos ⁵⁴². Por tanto al limitar su capacidad de gestionar los activos financieros de cobertura el gobierno de la República Argentina está violando diversas normas del tratado bilateral de inversión entre dicho país y los Estados Unidos de América, Estado en el cual se encuentra el domicilio principal de la matriz de CNA.

La Argentina objetó al igual que en los procesos anteriores la jurisdicción del tribunal al ser la compañía en la que se origina la diferencia una sociedad constituida bajo la legislación argentina y por ello no era posible otorgarle la calidad de sociedad extranjera. Esta consideración fue desestimada por el tribunal al establecer que de negar el carácter de inversionista a Continental y considerar a CNA una compañía ciento por ciento Argentina, supone una negación del concepto de inversión extranjera y con ello del sistema CIADI. Tanto la Argentina como Continental solicitaron la nulidad del laudo, la cual les fue negada, dejando en firme los efectos del mismo.

El tribunal estuvo conformado por el profesor italiano Giorgio Sacerdotti, quien obró como presidente, el abogado británico V. V. Veever, y el abogado mexicano Michell Naader. La firma canadiense Appleton & Associates International Lawyers fue quien representó a Sempra en el proceso.

⁵⁴¹ *Ibidem*, p. 38.

⁵⁴² *Ibidem*, pp. 4 – 5.

El Paso Energy International Company

El Paso Energy International Company es una compañía estadounidense domiciliada en el estado de Delaware de dicho país, que el 6 de junio de 2003 solicitó al CIADI el inicio del proceso arbitral contra la Argentina por violación del tratado bilateral de inversiones suscrito en los EE.UU. y la Argentina. El Paso es una compañía generadora de energía que adquirió diversas empresas del mismo ámbito en el proceso de privatización que llevó a cabo dicho país en la década de los años noventa. Estas compañías son Compañías Asociadas Petroleras CAPSA de la cual posee el 45% de sus acciones y quien a su vez es titular del 60.83% de los títulos de CAPEX. En Central Costanera el 12.335%, de Gaseoducto del Pacífico S.A. el 13.4% de las acciones preferenciales y el 11.8% de las ordinarias, el 99.1% en Servicios El Paso y el 66.1% en Triunion⁵⁴³.

CAPSA se ocupa de la extracción y producción de petróleo y CAPEX genera energía eléctrica. Según El Paso las medidas de diciembre de 2001 ocasionaron un daño de tal magnitud que las inversiones perdieron su valor⁵⁴⁴. Esto gracias a que desde 1992 se dio un incremento en las tarifas de US\$5 hasta US\$10 por megavatio hora (MW/h), y para 2002 en plena crisis y con el fin de la convertibilidad el valor del MW/h era de 10 a 12 pesos argentinos, esto es de US\$2 a US\$3⁵⁴⁵, a lo que se suma una caída significativa de la demanda como consecuencia de la recesión que generó dicha crisis. Como resultado de las medidas adoptadas en materia de regulación energética y cambiaria El Paso decidió vender las participaciones que tenía en dichas compañías a partir de junio de 2003⁵⁴⁶ y la segunda fase

⁵⁴³ El Paso Energy International Company vs. Argentina, *Award* (31 de octubre de 2011), Caso CIADI No ARB/03/15, p. 2.

⁵⁴⁴ *Ibidem*, p. 12.

⁵⁴⁵ *Ibidem*, p. 17.

⁵⁴⁶ *Ibidem*, p. 29.

en octubre del mismo año⁵⁴⁷. El tribunal emitió su laudo en octubre de 2011 y decidió que la Argentina incumplió el artículo II(2)(a) del convenio bilateral de protección recíproca de inversiones y deberá resarcir a El Paso por US\$43.03 millones. La Argentina presentó la solicitud de nulidad, el comité ad hoc se conformó y se está a la espera de su decisión.

El tribunal estuvo conformado por el profesor suizo Lucius Caflish, presidente del tribunal, el profesor italiano Piero Bernardini y la profesora francesa Brigitte Stern. La firma King & Spalding representó los intereses de El Paso.

Mobil

Exxon Mobil la multinacional estadounidense del sector de hidrocarburos solicitó arbitraje contra la Argentina por las restricciones al movimiento de capital de sus subsidiarias argentinas Mobil Exploration and Development Inc Sucursal Argentina y Mobil Argentina S. A.. Restricciones impuestas como consecuencia de la Ley de Emergencia expedida para conjurar la crisis económica. La solicitud se registró en agosto de 2004, pero solo hasta agosto de 2008 pudo configurarse el tribunal, el cual está conformado por Piero Bernardini, el español Antonio Remiro Brotóns y el finlandés Gustaf Möller, quien lo preside. La compañía está representada por la firma King & Spalding y la argentina por la Procuraduría del Tesoro. El proceso está a la espera de un laudo sobre la jurisdicción y competencia del tribunal⁵⁴⁸.

Asset Recovery Trust

Se trata de una compañía de recobro de cartera controlada por una compañía argentina, la cual a su vez también está controlada por dos sociedades de los Estados Unidos. El tribunal se designó en marzo de 2006 y está conformado por Jaime Irrázabal Covarrubias, de Chile, Ernesto Canales Santos, de

⁵⁴⁷ *Ibidem*, p. 30.

⁵⁴⁸ *Vid.* <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (última consulta 27 de diciembre de 2012).

México, y el brasileño Antonio Cançado Trindade, quien es el presidente. La firma argentina Casaggne Abogados representa los intereses de ART. Ante la incertidumbre de la nacionalidad de los inversores para poder acceder al CIADI y la negativa de la compañía accionante de pagar las tasas al CIADI el proceso se encuentra suspendido⁵⁴⁹.

6.2.2. Procesos correspondientes a compañías europeas

Suez, Agbar, Interagua

El consorcio Aguas Provinciales de Santa Fe (APSF) conformado por las compañías Suez, francesa, Sociedad General de Aguas de Barcelona e Inter-Agua Servicios Integrales del Agua, españolas, se le adjudicó la prestación del servicio de agua y de alcantarillado de la provincia homónima en 1995⁵⁵⁰, dentro del proceso de privatización del sector público argentino, en la década de los años noventa. La concesión se otorgó por treinta años y para la concesionaria supuso efectuar una inversión de US\$257.7 millones⁵⁵¹, en ella Suez poseía el 51.69% de las acciones de APSF, Aguas de Barcelona el 10.89% Inter-Agua el 14.92%⁵⁵². Las primeras medidas tomadas por el gobierno argentino para conjurar la crisis económica tuvieron un impacto negativo en la operación del consorcio, por lo que tuvo que llevar a cabo negociaciones con las autoridades de la Provincia de Santa Fe. La crisis política y económica de fines de 2001 agravó más la condición de la concesionaria, y con la expedición de la Ley de Emergencia que eliminó el régimen de convertibilidad cambiaria, se restringió el margen de negociación con el gobierno.

Los efectos de la eliminación de la paridad cambiaria resultaron fatales para

⁵⁴⁹ TORTEROLA, Ignacio & BRIAN GOSIS, Diego (2010), *Op. Cit.*, p.39.

⁵⁵⁰ Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S. A. & Inter-Agua Servicios Integrales del Agua S. A. vs. Argentina, *Decision on Liability (30 de julio de 2010)*, Caso CIADI No. ARB/03/17, p. 11.

⁵⁵¹ *Ibidem*, p. 12.

⁵⁵² *Ibidem*, p. 16

el consorcio, pues se vio en la imposibilidad de continuar con el pago de su deuda, contraída en dólares estadounidenses y con acreedores por fuera de la Argentina. De tal forma que en mayo de 2002 APSF entró en fase de impago de sus obligaciones internacionales⁵⁵³, lo que significó que sus accionistas asumieran dicha deuda y fracasaran las negociaciones con el gobierno argentino. En consecuencia en abril del mismo año las tres compañías que controlan APSF solicitaron al CIADI el inicio del proceso arbitral contra la República Argentina, con fundamento en el tratado franco –argentino e hispano - argentino de protección recíproca de inversiones. La concesión finalizó en mayo de 2005 con la insolvencia de APSF.

El tribunal del CIADI se conformó el 17 de febrero de 2003, siendo designados como árbitros la profesora Gabrielle Kaufmann –Kohler, el abogado Pedro Nikken y el profesor Jeswald Salacuse como presidente del tribunal⁵⁵⁴. El consorcio estuvo representado por la firma Freshfields, Bruckhaus, Deringer y la Argentina por la Procuraduría del Tesoro de la Nación. En este proceso se tuvo la particularidad que otros agentes solicitaron la posibilidad de participar en el proceso como *amicus curiae*. El tribunal, previa consulta a las partes, optó por brindar un acceso muy limitado a los solicitantes externos, toda vez que solo se les permitió presentar peticiones, pero se les denegó el acceso a la documentación y a las audiencias⁵⁵⁵, en consecuencia ninguna organización presentó solicitudes adicionales.

El tribunal también enfrentó una peculiaridad adicional, como fue el retiro de una de los accionantes de la controversia. Inicialmente, además de los tres inversionistas, APSF también se presentó como parte en el proceso arbitral,

⁵⁵³ *Ibidem*, p. 16.

⁵⁵⁴ *Ibidem*, p. 2.

⁵⁵⁵ Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S. A. & Inter-Agua Servicios Integrales del Agua S. A. vs. Argentina, *Resolución en Respuesta a la Petición de participación como amicus curiae (17 de marzo de 2006)*, Caso CIADI ARB/03/17, pp. 15 – 16.

pero en la medida en que para la época de funcionamiento del tribunal ya estaba en proceso de disolución. En consecuencia solicitó su desistimiento del proceso, sin que ello implicara la terminación del mismo. La cuestión no está contemplada en el reglamento del CIADI, por lo cual el Tribunal consideró que estaba dentro de sus facultades aceptar dicho desistimiento, sin que ello afectara la posición de los demás accionantes⁵⁵⁶.

Este proceso tuvo una eventualidad más, consistente en la impugnación de un miembro del tribunal por parte de la República Argentina. Dicho Estado se opuso a que Gabrielle Kaufmann Kohler continuara en el tribunal, toda vez que durante el lapso de tiempo transcurrido desde su constitución, Kauffman Kohler también había sido designada árbitro en el proceso Compañía de Aguas del Aconquija, Vivendi v. Argentina, y había proferido un laudo en el caso en el cual se condenaba a ésta última. Sin embargo, los dos árbitros restantes que estimaron la recusación, consideraron que no había lugar a la misma y Kaufmann-Kohler continuó en el tribunal.

El tribunal decidió emitir dos laudos diferentes. En el primero determinar si existe o no responsabilidad por parte de la República Argentina respecto del incumplimiento de las disposiciones contenidas en los tratados de protección de inversiones suscritos con España y con Francia. Un segundo laudo, aun por emitir, en el que se determine la cuantía a indemnizar. El tribunal encontró parcialmente responsable a la Argentina, toda vez que determinó que con las medidas de emergencia no se había dado expropiación alguna, y por tanto no se incumplió la obligación de brindar plena protección y seguridad al inversor extranjero. Pero si la encuentra responsable por no haber dado a las tres compañías un trato justo y equitativo y por ello procederá en un futuro laudo a determinar el monto de la indemnización. Esta situación ha dilatado enormemente el proceso en la medida que a la

⁵⁵⁶ Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S. A. & Inter-Agua Servicios Integrales del Agua S. A. vs. Argentina, *Decision on Liability* (30 de julio de 2010), Caso CIADI No. ARB/03/17, p. 6.

fecha no se tiene el laudo sobre la indemnización.

Suez, Agbar, Vivendi

Este arbitraje atiende a una de las privatizaciones más grandes en el servicio de agua potable del mundo, como fue el la de la Ciudad de Buenos Aires. Para el efecto las sociedades francesas Suez (25.3%), Vivendi (8%), la británica Anglian Water Group (4.5%) y la española Aguas de Barcelona S. A. (AGBAR) (12.6%)⁵⁵⁷ constituyeron conjuntamente con accionistas locales la sociedad denominada Aguas Argentinas S. A. (AASA), para que le fuera otorgada la concesión del servicio de agua de la zona referida. La concesión le fue otorgada el 28 de abril de 1993 y comenzó a operar el primero de mayo siguiente⁵⁵⁸.

Con el advenimiento de la crisis económica y financiera de los años 2000 y 2001, las finanzas de la compañía concesionaria se deterioraron. En especial a partir de los primeros decretos emitidos para evitar el deterioro de la economía argentina, la situación financiera de la empresa se agravó. Tal situación condujo a que AASA tuvo que ser selectiva para hacer los pagos de sus créditos internacionales, lo que la llevó al impago de varios créditos. Las negociaciones con posterioridad al fin de la convertibilidad se extendieron cuatro años, sin lograr puntos de acuerdo entre las partes. Esta situación empeoró en la medida en que por una parte la compañía se inhibió de realizar nuevas inversiones y por la otra parte la Argentina la acusó de irregularidades en la prestación del servicio. Todas estas circunstancias condujeron a que en septiembre 2005 AASA solicitara la terminación del contrato de concesión⁵⁵⁹, petición que le fue negada por el gobierno argentino, el cual por su parte le inició una investigación en marzo de 2006

⁵⁵⁷ Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S. A. & Vivendi Universal S. A. vs. Argentina, *Decision on Liability (30 de julio de 2010)*, Caso CIADI No. ARB/03/19, p. 13.

⁵⁵⁸ *Ibidem*, p. 14.

⁵⁵⁹ *Ibidem*, p. 21.

por irregularidades en el proceso de tratamiento de aguas. Dicha investigación condujo a que el gobierno argentino procediera a la terminación unilateral del contrato de concesión y exigiera el pago de la garantía otorgada por el concesionario por incumplimiento de los términos de la misma.

De forma paralela a las negociaciones los accionistas extranjeros de AASA solicitaron en abril de 2003 el inicio del arbitraje ante el CIADI, excepto AWG que dio inicio a un arbitraje según las reglas de la UNCITRAL, sin embargo posteriormente este proceso se adhirió al del CIADI, con la finalidad de obtener un único laudo. En julio de 2003 quedó formalmente inscrito el proceso y febrero de 2004 se constituyó el tribunal. Éste último tuvo la misma conformación que en el proceso en el que intervenían Suez y Agbar, esto es Jeswald Salacuse, como presidente y Gabrielle Kaufmann-Kohler y Pedro Nikken como los otros dos árbitros. Al igual que en dicho proceso, se dio la eventualidad del retiro de una de las partes, la concesionaria y de peticiones de presentación de *amicus curiae*, todas ellas se decidieron de igual forma. También se recusó al árbitro Kaufmann-Kohler, solo que en este caso se dio un motivo adicional, el cual fue que la profesora Kaufmann-Kohler formaba parte del Consejo de Dirección del banco UBS, el cual tenía una participación accionaria minoritaria tanto en Suez como en Vivendi. A pesar de lo sensible de la situación, los dos miembros del tribunal que resolvieron la recusación, estimaron que la complejidad y diversidad de las actividades e inversiones de UBS, tornaban en bastante difícil que esta arbitro pudiera tener conocimiento de dicha participación, y por tanto al ser ésta minoritaria, no afectaría su imparcialidad⁵⁶⁰ y en consecuencia permaneció en el tribunal. La firma que representó a los accionantes fue Freshfields, Bruckhaus, Deringer LLP, y como en todos los procesos la defensa de la Argentina estuvo a cargo de la Procuraduría del Tesoro de la

⁵⁶⁰ *Ibidem*, p. 10.

Nación.

La decisión que toma el tribunal es idéntica a la tomada en el de Suez, Agbar e Inter-Agua, esto es, considera que no hay una expropiación por parte de la Argentina a las cuatro compañías involucradas y que no hay una desprotección de la inversión. Si encuentra responsable a la Argentina de negar un trato equitativo e igualitario, y no encuentra justificado su alegato de la existencia del estado de necesidad para exonerarse de responsabilidad alguna⁵⁶¹. Como la decisión se restringió exclusivamente a determinar si el Estado en cuestión está pendiente la decisión que determinará la tasación del daño sufrido por las compañías respecto de la negación de un trato justo y equitativo en los términos de los correspondientes tratados bilaterales de protección de inversiones.

EDF

Este proceso arbitral fue solicitado por tres compañías de origen francés: EDF International S. A. (EDFI) que es el vehículo de inversión y que es la propietaria de Électricité de France EDF, compañía de energía domiciliada en la República de Francia, Société d'Aménagement Urbain et Rural, S. A., SAUR International, también domiciliada en Francia, cuyo negocio es el suministro del servicio de agua, con operaciones a lo largo del planeta, y León Participaciones Argentinas domiciliada en Luxemburgo, y de propiedad del banco francés Crédit Lyonnais, la cual posteriormente sería adquirida por EDFI⁵⁶². La diferencia se da en relación con la concesión de la prestación del servicio de energía de la provincia de Mendoza. Para el efecto el gobierno de la provincia constituyó la compañía Empresa de Energía de Mendoza EDEMSA, como ente que se encargaría de la prestación del servicio y cuya propiedad pasaría a manos privadas.

⁵⁶¹ *Ibidem*, pp. 106 – 107.

⁵⁶² EDF International S. A., SAUR International S. A. & León Participaciones Argentinas S. A. vs. Argentina, *Award (11 de junio de 2012)*, p. 1.

En la segunda mitad de 1997 la provincia de Mendoza ofertó la venta del 51% de las acciones de EDEMSA⁵⁶³. Los términos de la oferta incluían la posibilidad de indexar las tasas según los índices de precios al productor y al consumidor elaborados por la Oficina de Estadísticas del Trabajo de los Estados Unidos, y que todos los costes se elaborarían en dólares estadounidenses. Los accionantes constituyeron una compañía denominada SODEMSA para que sirviera de vehículo de inversión y de la cual participaba EDFI en un 45%, SAUR en un 15% y Crédit Lyonnais en un 40% a través de una compañía, MEDINVERT, de la cual controlaba el 70% de sus acciones⁵⁶⁴, con posterioridad a la adjudicación constituyó en Luxemburgo la sociedad León Participaciones Argentinas a la que transfirió la participación en SODEMSA. La oferta de SODEMSA fue la ganadora y el primero de agosto de 1998 asumió el control y operación de EDEMSA, por un período de 30 años⁵⁶⁵.

Desde el comienzo de operación de la concesión se dieron dificultades entre las autoridades de la provincia y la compañía, en particular respecto del área de cobertura, de subsidios, de cuestiones relacionadas con el alumbrado público, y de exigencias de calidad. Posteriormente con el advenimiento de la crisis y las leyes y decretos de emergencia, se eliminó el régimen de convertibilidad y con ello la posibilidad de contabilizar costes y facturar tasas en moneda extranjera. Los socios de EDEMSA dieron inicio a negociaciones con el gobierno de la provincia de Mendoza, además en ejercicio de lo contemplado en el tratado de protección de inversiones suscrito entre Francia y la Argentina, inauguraron consultas amigables con las autoridades, para tratar de resolver la diferencia⁵⁶⁶. Las negociaciones se extendieron hasta julio de 2004, cuando ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo los socios de EDEMSA le notificaron a la autoridad de energía de la Argentina su

⁵⁶³ *Ibidem*, p. 13.

⁵⁶⁴ *Ibidem*, p. 15.

⁵⁶⁵ *Ibidem*, p. 15.

⁵⁶⁶ *Ibidem*, p. 36.

intención de terminar la inversión en dicha compañía.

De forma concomitante, las compañías presentaron una solicitud al CIADI para dar inicio a un proceso arbitral contra la Argentina, con ocasión de las medidas contenidas en la Ley de Emergencia y los decretos anexos. En agosto de 2003 se registró el inicio del arbitraje y en junio de 2004 se constituyó el tribunal conformado en su momento por Gabrielle Kaufmann-Kohler, designada por la compañía, el académico peruano Fernando de Trazegnies, elegido por la Argentina, y el profesor estadounidense William S. Park, nombrado por el CIADI y por tanto presidente del tribunal⁵⁶⁷. La firma estadounidense White & Case representó los intereses de los accionantes y de la demandada la Procuraduría del Tesoro de la Nación. Para junio de 2006 la Argentina solicitó la desvinculación del árbitro que ella designó, lo que condujo a la renuncia del señor Trazegnies el siete de julio de dicho año y el nombramiento del profesor español Jesús Remón en septiembre⁵⁶⁸. Al igual que en los dos casos de Suez y Agbar, la Argentina recusó a Gabrielle Kaufmann-Kohler, por las decisiones que había tomado en otros tribunales en relación con la Argentina y por su participación como directora en UBS, la petición fue denegada. El tribunal emitió su laudo 11 de junio de 2012 en el declara responsable a la Argentina de no cumplir las condiciones fijadas en el contrato de concesión y de no otorgar un trato justo y equitativo a los inversionistas extranjeros amparados en el tratado recíproco de protección de inversiones y la condena al pago de una indemnización de US\$136'138.430. En octubre de 2012 la Argentina presentó la solicitud para iniciar el procedimiento de nulidad de dicho laudo, estado en el que se encuentra actualmente el proceso arbitral.

⁵⁶⁷ *Ibidem*, p. 4.

⁵⁶⁸ *Ibidem*, p. 6.

Total

En octubre de 2003⁵⁶⁹ Total S. A. presentó solicitud de inicio del proceso arbitral ante el CIADI, alegando el incumplimiento por arte de la Argentina de las cláusulas de protección al inversionista contemplados en el tratado franco argentino de protección recíproca de las inversiones. Total es un compañía francesa que igualmente participó en la propiedad de Transportadora de Gas del Norte, en este caso la participación era del 19.21%⁵⁷⁰. Este porcentaje lo realizaba de forma indirecta a través de GasInvest TransCanada Group en la cual poseía un 27.23% de las acciones⁵⁷¹. De igual forma desde la década del setenta ya efectuaba inversiones en la Argentina a través de Total Austral S.A., anteriormente denominada Total Exploración S. A., con la finalidad de explorar y explotar hidrocarburos en la Tierra del Fuego al sur de dicho país, bajo concesión de Yacimientos Petrolíferos Fiscales Sociedad del Estado (YPF S. E.). Los contratos bajo los cuales llevaba a cabo dicha actividad fueron sustituidos por las nuevas adjudicaciones hechas bajo las normas de privatización⁵⁷².

Además de estas inversiones, Total participa en la propiedad de dos compañías de generación eléctrica. Por una parte se encuentra Central Puerto, constituido en 1992 en el marco del proceso de privatización de la compañía Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires Sociedad del Estado⁵⁷³ que fue escindida en cuatro generadoras independientes. Gener una compañía chilena, fue a quien se le adjudicó inicialmente dicha central. Posteriormente, Gener consolidó su participación en todos los otros entes y en julio de 2001 Total le compró a dicha compañía todas las acciones de

⁵⁶⁹ Total S.A. vs. Argentina, *Decision on Objections to Jurisdiction (25 de agosto de 2006)*, Caso CIADI No. ARB/04/01, p 1.

⁵⁷⁰ *Ibidem*, p. 4.

⁵⁷¹ *Ibidem*, pp. 4 – 5.

⁵⁷² *Ibidem*, p. 5.

⁵⁷³ *Ibidem*, p. 6.

Central Puerto⁵⁷⁴.

La Hidroeléctrica Piedra de Águila S. A., que era la compañía de generación hidroeléctrica más grande la Argentina, fue creada en 1993 como parte del proceso de privatización de Hidroeléctrica Norpatagónica S.A.. Esta compañía fue adjudicada a un consorcio que constituyó una tercera sociedad que se denominó Hidroneuquén S.A., la cual fue el vehículo a través del que se canalizó la inversión. Gener también era el accionista mayoritario de Hidroneuquén y por tanto de Piedra del Águila, y fue a esta compañía a la cual Total Austral le adquirió el 70.03% de las acciones de Hidroneuquén⁵⁷⁵.

Alega la compañía que las inversiones que efectuó las hizo sobre la base que el marco regulatorio no sería modificado y que así se lo hicieron saber las autoridades argentinas. En consecuencia la promulgación de la Ley de Emergencia supone un incumplimiento de dicho compromiso⁵⁷⁶, el cual es vinculante en virtud del tratado bilateral de inversiones suscrito con la República de Francia en la cual se domicilia Total. Al igual que en los procesos arbitrales ya revisados las reclamaciones que presenta esta empresa francesa se fundamentan principalmente en el perjuicio que le causó la eliminación de la convertibilidad cambiaria y la imposibilidad de facturar en dólares de los Estados Unidos. Argentina objetó la jurisdicción del tribunal para conocer del caso, dicha objeción fue denegada.

El tribunal se conformó en agosto de 2004, por Henri C. Álvarez, nacional de Canadá, Luis Herrera Marcano, de nacionalidad venezolana y por el italiano Giorgio Sacerdoti designado por el CIADI⁵⁷⁷, y quien obró como presidente del mismo. La firma Freshfields, Bruckhaus, Deringer LLP representó a Total y los abogados de la Procuraduría del Tesoro de la nación

⁵⁷⁴ *Ibidem*, p. 6.

⁵⁷⁵ *Ibidem*, p. 7.

⁵⁷⁶ *Ibidem*, p. 7.

⁵⁷⁷ Total S.A. vs. Argentina, *Decision on Liability* (27 de diciembre de 2010), Caso CIADI No. ARB/04/1, p. 1.

a la Argentina. El tribunal profirió un laudo pronunciándose exclusivamente sobre la responsabilidad y en él se declaró a la Argentina responsable de brindar protección al inversionista, y por tanto deberá responder económicamente por el desmedro patrimonial experimentado por Total. Actualmente, se está a la espera del segundo laudo, el cual deberá determinar el monto de la indemnización.

Saur

En este proceso la compañía francesa SAUR constituyó una sociedad argentina Aguas de Mendoza (AdM), como vehículo para efectuar la inversión en Obras Sanitarias de Mendoza S. A., concesionaria del servicio público de producción y distribución de agua potable y de saneamiento de la provincia de Mendoza en la Argentina. En dicha operación participó conjuntamente con la compañía italiana Società Italiana Per il Gas e la Azioni y la estadounidense Enron, el contrato se adjudicó en junio de 2008⁵⁷⁸.

Los conflictos entre la concesionaria y la provincia se inician de forma casi inmediata a la formalización del contrato de concesión. Al inicio se generaron diferencias relativas a las condiciones generales de la prestación del servicio, toda vez que la realidad de la operación tenía diferencias con las condiciones planteadas en la oferta de concesión. Pero tal situación se agudizó a partir de las limitaciones para las tarifas generadas con las medidas adoptadas para conjurar la crisis económica y financiera. Al igual que en algunos casos anteriores, las medidas de pesificación tuvieron un fuerte impacto sobre el nivel de endeudamiento de los concesionarios, pues su facturación pasó de ser en dólares estadounidenses a pesos argentinos, los cuales ya no estaban dentro del esquema de paridad, sino que por el contrario experimentaban una fuerte devaluación vis-a-vis el dólar. De forma simultánea la compañía adquirió deuda en moneda extranjera (dólares de EE.

⁵⁷⁸ SAUR International vs. Argentina, *Decisión sobre jurisdicción y sobre responsabilidad* (6 de junio de 2012), Caso CIADI No. ARB/04/4, p. 14.

UU. o euros), con lo cual se generó un fuerte desbalance en sus cuentas.

En consecuencia SAUR solicitó en noviembre de 2003 al CIADI el inicio del proceso arbitral contra la República Argentina. El trámite se inició en enero del año siguiente y en septiembre de 2004 se conformó el tribunal, el cual estaba compuesto por Bernard Hanotiau, de nacionalidad belga, Christian Tomuschat, alemán y Juan Fernández Armesto, español, quien obró como presidente del tribunal. SAUR estuvo representada por la firma estadounidense Shearman & Sterling, y la Argentina por la Procuraduría del Tesoro.

El proceso estuvo suspendido hasta mayo de 2010⁵⁷⁹ mientras las partes intentaban lograr un acuerdo. Con la reanudación se profirió un primer laudo sobre la jurisdicción y en junio de 2012 el laudo sobre responsabilidad. En el laudo concerniente a la responsabilidad el tribunal desestimó las excepciones planteadas por la Argentina y consideró que las medidas adoptadas por la República Argentina son expropiatorias de los intereses de SAUR, por tanto se le ha negado a dicha compañía un trato justo y equitativo en los términos del tratado recíproco de inversiones suscrito entre la Argentina y Francia y es procedente el pago de una indemnización resarcitoria de los perjuicios sufridos a causa de la acción del Estado anfitrión. Este laudo se restringió a determinar la responsabilidad, por lo cual se está a la espera del laudo sobre el monto de los perjuicios sufridos por SAUR.

Wintershall

Este caso concierne a una compañía de capital alemán que invirtió en la producción y explotación de hidrocarburos en las provincias argentinas de Neuquén, Mendoza y Tierra del Fuego⁵⁸⁰. En este evento la compañía reclama compensación por las consecuencias económicas que tuvieron las

⁵⁷⁹ TORTEROLA, Ignacio & BRIAN GOSIS, Diego (2010), *Op. Cit.*, p. 35.

⁵⁸⁰ Wintershall AG vs. Argentina, *Laudo (8 de diciembre de 2008)*, Caso CIADI No. ARB/04/14, p. 7.

leyes y decretos de emergencia económica expedidos en los años 2001 y 2002. En el caso de Wintershall los problemas con la eliminación de la convertibilidad se tradujeron en la restricción impuesta a los pagos de dividendos a los accionistas en el extranjero y a la suspensión de las preferencias tributarias que le habían sido otorgadas a este tipo de compañías del sector de hidrocarburos. Pese a los intentos de negociación entre las partes, Wintershall decidió dar inicio al proceso arbitral y en tal sentido el tribunal se configuró el 7 de septiembre de 2005. Los miembros del tribunal fueron el profesor italiano Piero Bernardini, el abogado español Santiago Torres Bernárdez y el abogado indio Fali S. Nariman, quien fue designado por el CIADI y por tanto presidente del tribunal. Wintershall es una de las pocas compañías de origen europeo o estadounidense que no contrata una firma de abogados global, sino que su representación legal ante el CIADI corre a cargo de los abogados internos de la compañía y de la firma argentina Pérez Alati, Grondona, Benites, Arntsen & Martínez de Hoz (h) abogados.

La ambigüedad de las disposiciones del tratado en relación con la posibilidad de recurrir al arbitraje como mecanismo de solución de diferencias, conduce al tribunal a exonerar a la Argentina de las pretensiones de Wintershall. La cuestión central es que al invocar la desprotección de nación más favorecida, el tratado bilateral de protección de inversiones suscrito entre la República Argentina y la República Federal Alemana exige el agotamiento de la vía judicial interna por un período de al menos 18 meses, situación que Wintershall no agotó. En tal sentido el tribunal considera que no tienen jurisdicción sobre las cuestiones planteadas en este caso y por tanto finaliza el procedimiento⁵⁸¹.

Daimler Financial Services

La compañía alemana Daimler Financial Services AG propietaria de Daimler Chrysler Services Argentina, una entidad cuyo objeto era el otorgamiento de

⁵⁸¹ *Ibidem*, pp. 134 – 136.

créditos para financiar la adquisición de automotores. El arbitraje se registra en enero de 2005 y en septiembre de 2006 se constituye el tribunal, conformado por el estadounidense Charles N. Bower, el español Domingo Bello Janeiro y el profesor francés Pierre-Marie Dupuy⁵⁸². Kelly, Drye & Warren fue la firma neoyorquina que representó a Daimler y a la Argentina como es usual la Procuraduría del Tesoro de la Nación.

El tribunal emitió su laudo el 22 de agosto de 2012, en el que consideró que el arbitraje no era procedente, pues el tratado recíproco de protección de inversiones suscrito entre Alemania y la Argentina, exige el agotamiento de la vía jurisdiccional interna por lo menos por un lapso de 18 meses. Daimler, al igual que Wintershall en un proceso previo, no había dado inicio a proceso alguno ante la justicia argentina, razón por la cual el tribunal encontró que no había lugar al arbitraje y negó sus pretensiones.

TSA Spectrum

Thales Spectrum Argentina (TSA) es una sociedad constituida y domiciliada en la Argentina, bajo el control de TSI Spectrum N. V., la cual es a su vez una compañía constituida y domiciliada en Holanda⁵⁸³. Esta compañía fue la adjudicataria de la privatización del servicio de administración, gestión y control del espectro radioeléctrico argentino, la adjudicación se formalizó por medio del contrato de concesión que se celebró en junio de 1997.

En el año 2004 a la compañía le fue revocado el contrato de concesión, en consecuencia TSA solicitó el inicio de un arbitraje al CIADI, el cual fue registrado en abril de 2005. El tribunal se configuró en junio del año siguiente, por Grant D. Aldonas, estadounidense, Georges Abi-Saab, egipcio, y Hans Danelius, sueco, quien obró como presidente del tribunal⁵⁸⁴, la firma

⁵⁸² Daimler Financial Services AG vs. Argentina, *Award* (22 de agosto de 2012), Caso CIADI ARB/0571, p. 6.

⁵⁸³ TSA Spectrum de Argentina S. A. vs. Argentina, *Laudo* (19 de diciembre de 2008), Caso CIADI ARB/05/5, p. 1.

⁵⁸⁴ *Ibidem*, p. 12.

que representó a TSA fue King & Spalding. En sus consideraciones el tribunal encontró necesario correr el velo societario de TSA, pues no resultaba claro que la compañía controlante fuera de nacionalidad neerlandesa. Los árbitros identificaron que en realidad la compañía constituida en Holanda era un vehículo para canalizar la inversión de un ciudadano argentino⁵⁸⁵ y por tanto no se daba uno de los supuestos del Convenio del CIADI, pues lo que se protege es al inversor extranjero y no al nacional frente a su propio Estado. Por tal razón el tribunal desestimó las pretensiones de TSA y exoneró a la Argentina.

Ablacat y otros

Este proceso es particular, en el sentido que comprende un gran número de accionantes, los cuales al momento de proferirse el laudo sobre jurisdicción superaban los 180.000. Esto pues se trata de un arbitraje impulsado por la Asociación para la Tutela de los Tenedores de Títulos Argentinos (*Associazioni per la Tutela degli Investori in Tituli Argentini*, ATTITA), una entidad sin ánimo de lucro encargada de representar a los tenedores de bonos italianos en las negociaciones de deuda con la Argentina.

Debido a la evolución que tomaron las renegociaciones de la deuda argentina se creó la asociación ATTITA y ante la perspectiva negativa de las mismas, se decidió, a través de la firma estadounidense White & Case dar inicio a un arbitraje ante el CIADI en octubre de 2006, a pesar de la oposición de la Argentina, por considerar que dichos poseedores de bonos no estaban legitimados para dar inicio a un arbitraje de estas características. El tribunal se conformó en febrero de 2008, por Albert Jan van den Berg, neerlandés, Georges Abi-Saab, egipcio y Rober Briner, suizo, quien falleció y en su reemplazo fue designado Pierre Tercier, también de nacionalidad suiza⁵⁸⁶.

⁵⁸⁵ *Ibidem*, p. 55.

⁵⁸⁶ *Abaclat & Others* (Case formerly known as *Giovanna A Beccara and Others*) vs. Argentina, *Decision on Jurisdiction and Admissibility* (4 de agosto de 2011), p. 55.

El tribunal se pronunció sobre su jurisdicción y competencia de forma afirmativa, a pesar de las dificultades para identificar la totalidad de los accionantes. Con posterioridad a la emisión del laudo sobre jurisdicción se reconfiguró el tribunal con el reemplazo de Georges Abi-Saab por Santiago Torres Bernárdez y se está a la espera del laudo definitivo.

Impregilo S. p. A.

La sociedad italiana Impregilo participó conjuntamente con Sideco American y con Aguas de Bilbao Bizkaia en la privatización del servicio de agua y saneamiento de zonas de la provincia de Buenos Aires. Para tal fin crearon la compañía AGBA la cual en enero de 2000 comenzó a operar la concesión. Sin embargo, el inicio de las operaciones coincidió con el instante en que se recrudeció la crisis económica de la Argentina, razón por la cual en mayo de 2001 experimentaba problemas financieros que le impedían realizar las inversiones prometidas en el contrato de concesión. La situación continuó de igual forma a lo largo de la crisis y en julio de 2006 el gobernador de la provincia decretó la extinción de la concesión⁵⁸⁷.

Como consecuencia de dichos hechos Impregilo solicitó al CIADI en julio de 2007 el inicio de un proceso arbitral para resarcir el daño económico sufrido por el fin de la concesión. En mayo de 2008 se constituyó el tribunal por Charles N. Bower, nacional de los Estados Unidos, Brigitte Stern, nacional de Francia, y Hans Danelius, nacional de Suecia, quien obró como presidente del tribunal⁵⁸⁸. Impregilo estuvo representada por la firma estadounidense King & Spalding y como en todos los casos la Argentina por la Procuraduría del Tesoro de la Nación.

El tribunal en su laudo no encontró que la Argentina expropiara la propiedad de Impregilo, pero sí aceptó que dicho Estado no le otorgó un trato justo y equitativo y por tanto se incurrió en una violación de lo dispuesto en el trato

⁵⁸⁷ Impregilo S. p. A. vs. Argentina, *Award* (21 de junio de 2011), p. 16.

⁵⁸⁸ *Ibidem*, p. 2.

bilateral de protección de inversiones suscrito con la República de Italia. En consecuencia condenó a la Argentina al pago de US\$21.294.000 como reparación de dicho daño. La Argentina solicitó la nulidad del laudo, trámite que aún se encuentra en proceso.

Urbaser & Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa

Este caso se deriva de la situación de Impregilo, solo que tanto Urbaser como el Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia solicitaron el arbitraje al CIADI un año después en julio de 2007. El tribunal se conformó en febrero de 2009 por Andreas Bucher, suizo, Pedro J. Martínez Fraga, estadounidense e Ian Brownlie, ciudadano británico. El tribunal tuvo una historia accidentada, pues en enero de 2010 el señor Brownlie falleció y fue reemplazado por el neozelandés Campbel MacLahan. El nuevo árbitro designado por la Argentina es recusado por Urbaser por las posiciones adoptadas por éste en diverso textos de doctrina; sin embargo, la recusación es denegada. En diciembre de 2012 el tribunal se profirió sobre la jurisdicción, pero a enero de 2013 no se ha divulgado el contenido de dicho laudo parcial. Jones Day es la firma que representa a los accionantes.

Hochtief

Hochtief Aktiengesellschaft es una compañía alemana que participó en un consorcio para la construcción, mantenimiento y operación de una autovía de peajes entre las ciudades argentinas de Rosario y Victoria. Con las normas que decretaron el fin de la convertibilidad la compañía se considera afectada financieramente, pues la valoración financiera del proyecto se proyectó en dólares estadounidenses y no en pesos argentinas bajo un esquema de libre fluctuación.

En noviembre de 2007 se registró la solicitud de inicio del proceso y en abril de 2009 se constituyó el tribunal el cual está conformado por Charles N. Brower, de los Estados Unidos, J. Christopher Thomas de Canadá, y Vaughan Lowe del Reino Unido, quien fue designado por el CIADI y por

tanto actúa como presidente del tribunal. La firma estadounidense Kelly, Drye & Warren se hace cargo de la representación litigiosa de Hochtief⁵⁸⁹. En octubre de 2011 el tribunal emitió un laudo previo afirmando su jurisdicción y competencia sobre la controversia y actualmente se está a la espera de la emisión del laudo definitivo.

Giordano Alpi y otros

Similar al caso Abaclat, en este proceso más de 115 italianos tenedores de bonos de deuda emitidos por la Argentina, reclaman compensación ante el CIADI. Alegan que el impago por parte de la Argentina y la posterior reestructuración de la deuda en 2005 afectaron gravemente sus intereses y solicitan una indemnización por valor de US\$6'500.000⁵⁹⁰. La solicitud de arbitraje se registró en julio de 2008 y el tribunal se configuró en diciembre del mismo año, y es conformado por el alemán Karl-Heinz Böckstiegel, el español Santiago Torres Bernárdez y por el austro alemán Bruno Simma, quien es el presidente del tribunal. A enero de 2013 se está a la espera de una decisión sobre jurisdicción.

§§§

El caso argentino se torna paradigmático en el contexto de la gobernanza global en dos sentidos. En primer lugar al reflejar la interacción entre la gestión económica de un Estado, una organización internacional, el Fondo Monetario Internacional, que tiene un alto impacto en el diseño e implementación de políticas a escala global, y los inversores extranjeros que buscan obtener rendimientos económicos gracias al entorno económico creado por las referidas políticas. En segundo lugar porque permite visualizar la puesta en práctica de diversos instrumentos de regulación propios de la gobernanza contemporánea, los tratados de protección recíproca de

⁵⁸⁹ Hochtief AG vs. Argentina, *Decisión sobre Jurisdicción* (24 de octubre de 2011), pp. 3 – 4.

⁵⁹⁰ TORTEROLA, Ignacio & BRIAN GOSIS, Diego (2010), *Op. Cit.*, p. 40.

inversiones y tratados de libre comercio, las políticas del Consenso de Washington, y el Convenio del CIADI.

La confluencia entre los acuerdos internacionales de protección a la inversión y el CIADI como medio para resolver diferencias asociadas a la misma, pone en evidencia la presencia de las firmas de abogados como una manifestación de la autoridad privada en la gobernanza global contemporánea. En particular, la gestión de las firmas de abogados se centra en crear en el entorno jurídico global la necesidad del arbitraje como medio para resolver las diferencias asociadas a los negocios internacionales y en particular las relativas a la inversión extranjera. A ello va asociada el generar desconfianza en la jurisdicción local, tratándose de economías emergentes, por ser lenta en sus procedimientos y por la ausencia de garantías fruto de la falta de independencia frente al gobierno correspondiente. De igual forma se plantea en dicho entorno que los acuerdos internacionales de protección a la inversión, son una de las mejores formas para garantizar los derechos de los inversionistas. Además, se estimula una comunidad en la que se difunde la necesidad de optimizar el arbitraje de inversiones y en general el Derecho internacional de las inversiones como uno de los elementos esenciales para garantizar la estabilidad y el crecimiento económico a nivel global. Los casos generados a partir de la crisis argentina evidencian precisamente dicha idea y reforzarán el papel de los despachos globales de abogados en este ámbito de la gobernanza global contemporánea.

La autoridad privada tiene una presencia activa en el régimen del Derecho internacional de las inversiones, a través de las oficinas globales de abogados y de los individuos que son designados como árbitros. El Derecho internacional de las inversiones se consolida como un área de estudio dentro del Derecho internacional público en los últimos veinte años, en especial a partir de la constitución del Convenio del CIADI y de la subsiguiente proliferación de acuerdos de promoción y protección recíproca de las inversiones y de tratados de libre comercio con un capítulo relacionado con

las inversiones han sido los instrumentos jurídicos que habilitan su operación y funcionamiento. A partir de la década de los años noventa con la suscripción del TLCAN se estimuló la posibilidad de acudir al arbitraje internacional de inversiones como un mecanismo de uso frecuente para solucionar las diferencias entre el inversor extranjero y el Estado anfitrión de la inversión. Este tipo de arbitraje posibilita que actores privados resuelvan una diferencia con un Estado en el ámbito del Derecho internacional público, sin necesidad de recurrir a las autoridades nacionales de su Estado de origen o sin la necesidad de agotar los recursos judiciales y administrativos internos. Esta particularidad, similar a lo que ocurre en los tribunales regionales de derechos humanos, genera una pequeña revolución en el Derecho internacional, pues regulariza el acceso de compañías inversoras (sujetos de derecho privado) a mecanismos de solución de diferencias directos con los Estados, dejando atrás instrumentos clásicos como el de la protección diplomática.

La actividad de los distintos centros de arbitraje asociados a las inversiones se multiplica y comienza a generarse paulatinamente una “jurisprudencia” arbitral constante, que comienza a interpretar y a aplicar las diversas disposiciones del Derecho internacional de las inversiones. Éste se caracteriza por su fragmentación, pues dista de estar contenido en un instrumento único o en un grupo limitado de tratados. Por el contrario, con la popularización de los acuerdos de promoción y protección recíproca de las inversiones se da un gran proceso de codificación de la protección del inversor en el Derecho internacional, pero a costa de hacerlo en una serie de procesos bilaterales, lo que multiplica por mil el número de este tipo de herramientas. De igual forma existe un Derecho internacional consuetudinario de las inversiones que se aplica en numerosas ocasiones o está codificado en alguno de estos tratados. Corresponde entonces a la “jurisprudencia” arbitral interpretar y aplicar el Derecho internacional sobre cada caso, lo que significa que sean los integrantes del tribunal

correspondiente quienes estimen según su criterio cuál es el Derecho internacional vigente y aplicable a la disputa sometido a su conocimiento. Se convierten, entonces en verdaderos adjudicadores, en jueces internacionales, pues harán uso del Derecho internacional, para resolver una controversia regida por el dicho Derecho, pero híbrida en cuanto a la diferencia concreta, pues se a pesar de originarse dentro de un Estado se rige por el Derecho internacional y afecta a la economía global, y en cuanto a los sujetos, pues incluye un sujeto de Derecho internacional público como es el Estado y un sujeto de derecho privado como es el inversor.

La existencia de centros como el CIADI del Banco Mundial, es un intento por institucionalizar la solución de diferencias estipulada en estos tratados. Institucionalización que permite configurarla como un régimen internacional⁵⁹¹. La función del CIADI se orienta principalmente a que los Estados se adhieran al convenio y con ello le otorguen competencia para conocer de las controversias asociadas a la inversión. A diferencia de otros centros asociados al arbitraje internacional, el CIADI se concentra exclusivamente en proveer servicios de arbitraje para resolver disputas relacionadas con la inversión extranjera. Para ello, como se mencionó, se requiere de la adhesión del Estado al Convenio, y posteriormente propiciar en otro instrumento la facultad de acudir al Centro en el momento en el cual surja la disputa. Este segundo medio es generalmente un tratado bilateral de inversión o un tratado de libre comercio que incorpore un capítulo de protección a las inversiones.

Los árbitros van a desempeñar un papel fundamental en la confección y configuración del arbitraje internacional de inversiones. Les corresponde

⁵⁹¹ Se sigue la definición clásica de régimen en las relaciones internacionales elaborada por Krasner: “son los principios, normas, reglas y mecanismos de solución de diferencias alrededor de los cuales convergen las expectativas de los actores en un área específica”, *Vid.* KRASNER, Stephen (1982), “Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables”, *International Organization* (V. 36, No. 2), p. 185.

adjudicar derechos en la diferencia concreta, y por tanto se convierten en los intérpretes directos del régimen del Derecho internacional de las inversiones y por tanto a partir de los laudos que emiten configura las características del sistema. Estos sujetos son investidos de facultades propias de la jurisdicción para determinar si los Estados han dado cumplimiento o no a las obligaciones contenidas en el tratado correspondiente. Lo interesante de su función es que actúan como verdaderos jueces internacionales al emitir un laudo en Derecho, sustentado en normas de Derecho internacional público y con un eventual efecto condenatorio hacia un Estado.

La función del árbitro no es una actividad permanente, es un encargo temporal que se le hace a un individuo para que resuelva una diferencia en concreto y adjudique derechos según la regulación aplicable al caso concreto. Por tanto es necesario preguntarse, ¿quiénes son los árbitros? La respuesta a esta pregunta es que son abogados que ejercen en diferentes ámbitos de la profesión jurídica. En los árbitros que se han designado para resolver los casos CIADI en relación con la crisis argentina se encuentran jueces en activo o en retiro, profesores universitarios, y abogados en ejercicio de su profesión, adscritos o asociados a un despacho de abogados. Son estos últimos los que constituyen el mayor número de designaciones hechas en los arbitrajes del CIADI originados en la cuestión argentina.

Es así como el régimen del arbitraje internacional de inversiones se torna aún más híbrido en cuanto a que a más de incorporar a actores no estatales como una de las partes en una controversia económica regida por el Derecho internacional, incluye individuos que obran temporalmente como árbitros, y estos son ejes fundamentales para resolver las disputas de las cuales se ocupan de resolver. Llama más la atención el hecho que estos individuos, que eventualmente operan como árbitros, tienen conexiones con un entorno jurídico, el de los despachos internacionales de abogados, que funciona de forma constante por la consolidación de una regulación sustentada en la flexibilidad y en la privatización de la operación jurídica. Se entiende por

privatización de la operación jurídica aquella que busca que las relaciones legales en el ámbito internacional que involucren a particulares y tengan relevancia para los negocios internacionales se regulen por los criterios propios de los contratos internacionales y de la denominada moderna *lex mercatoria*.

A pesar que los fenómenos de la autoridad privada y de la mayor presencia de actores privados en las relaciones internacionales y en la gobernanza global son fenómenos estudiados por académicos de las Relaciones Internacionales, su estudio es todavía marginal en dicha disciplina. Desde finales de la década del noventa y a lo largo de la primera década del siglo XXI estudiosas como A. Claire Cuttler, Martha Finnemore entre otros se han ocupado de indagar por la presencia y emergencia de la autoridad privada como un fenómeno creciente en el funcionamiento de las relaciones internacionales contemporáneas. Las compañías multinacionales y las organizaciones no gubernamentales son generalmente los tipos de entes privados que se identifican como investidos de autoridad en un momento dado y con ello conferirles la capacidad y eventual legitimidad para dirigir un determinado régimen internacional. Sin embargo, es un reclamo constante por parte de este grupo de autores de los límites que presentan tanto las teorías de las relaciones internacionales, como las del Derecho internacional para el análisis de esta modalidad de actores. De igual forma el régimen del arbitraje internacional de inversiones es objeto de análisis por distintos académicos de las Relaciones Internacionales (Gus van Harten) y del Derecho internacional (Edward Burke-White, José Álvarez), los cuales en su mayor parte cuestionan la legitimidad del sistema CIADI por las limitaciones que tienen los Estados para controvertir los laudos emitidos y por la ausencia de un sistema de revisión que posibilite la impugnación de aquellos laudos con argumentos por fuera de la argumentación tradicional del Derecho internacional de las inversiones. Sin embargo, desde la perspectiva de los operadores jurídicos internacionales, las críticas a la legitimidad del régimen

del arbitraje de inversiones no son una preocupación, su objeto de análisis se orienta a tratar de identificar cuál es la manera más eficiente de funcionamiento de dicho régimen, y en esto hay cierto consenso en cuanto a que entre más se asemeje al arbitraje comercial internacional será mucho mejor para el sistema. De hecho miran con preocupación el uso extensivo de la solicitud de nulidad de los laudos, pues prolonga en extremo los procesos arbitrales y se convierte, según esta perspectiva, en una instancia de apelación, que afecta la eficiencia del mismo.

De esta forma tres ámbitos disciplinares se ocupan del estudio del régimen del Derecho internacional de las inversiones y en concreto del arbitraje internacional de inversiones, las relaciones internacionales, del Derecho internacional público, del derecho arbitral; sin embargo, ninguno de ellos presta la suficiente atención al rol de los árbitros y a su interacción con las oficinas globales de abogados. El papel de los abogados en el arbitraje CIADI es muy particular y puede darnos indicios de cómo se comporta la autoridad privada en la gestión de regímenes internacionales concretos. En particular el tránsito de abogados a árbitros es especialmente complejo⁵⁹² en el contexto del arbitraje de inversiones, por las cuestiones que están en discusión (declarar al Estado responsable internacionalmente por proferir una norma que suponga un menoscabo de los derechos del inversor). De esta manera los laudos de los árbitros reflejan la construcción del régimen, gracias a lo disperso de las normas que componen éste. Los árbitros van a ser en su mayoría abogados que hacen parte de diversos bufetes o que son socios principales de sus propias firmas. Generalmente, van a ser

⁵⁹² El sistema del CIADI es desarrollado a partir del arbitraje comercial internacional, en el cual se da un tránsito constante entre la función de abogados y de árbitros. En dicho campo la cuestión no se presenta problemática en la medida que el universo de conflictos y de partes es mucho más amplio, si bien autores como Dezalay y Garth desmitifican tal estructura. Por el contrario, en el campo del arbitraje de inversiones el universo de actores se reduce en cuanto a que son los Estados que han ratificado el Convenio del CIADI, y el marco de abogados elegibles se reduce dramáticamente.

considerados sujetos de gran reconocimiento profesional, lo cual es un presupuesto para que sean reconocidos como una autoridad en el ámbito del conocimiento específico. De allí que estos sujetos sean tenidos como una especie de autoridad, privada, gracias a una doble dimensión una inherente a ellos por el prestigio o buena reputación profesional que se les reconoce, y la segunda, que es externa y temporal, por la designación que se les hace como árbitros.

Estos personajes que actúan como árbitros llevan a cabo una gran actividad de divulgación de los beneficios del arbitraje en la gobernanza global. Llama la atención que su discurso pareciera ser impermeable a las críticas que desde ciertos sectores del Derecho internacional público y en menor medida desde las Relaciones Internacionales se le hacen al arbitraje internacional de inversiones. Por el contrario, desde la actividad académica de estos operadores del arbitraje internacional se orienta a flexibilizar más este tipo de mecanismo de solución de controversias y ello requiere que sea más sensible a las necesidades de las compañías, que a otras cuestiones como el acceso de terceros o de la necesidad de contar con un mecanismo de impugnación o de institucionalizar el funcionamiento del CIADI.

El presente trabajo busca llamar la atención sobre estos actores. Los casos originados en la crisis argentina son un buen punto de partida para ello, puesto que permiten, en primer lugar, identificar un mismo origen como es la crisis económica y financiera sufrida por dicho Estado a comienzos de la primera década del siglo XXI. Además, en segundo lugar, posibilita comparar las decisiones de los árbitros en relación con hechos relativamente similares, cuestión que no es de fácil ocurrencia en el contexto del arbitraje de inversiones. Finalmente, en tercer lugar, estos casos permiten visualizar la interacción entre lo interno y lo externo por parte de un Estado, la Argentina adoptó una política jurídica y económica acorde con el Consenso de Washington, que limitó enormemente su capacidad de reacción frente a la crisis, y la normatividad del régimen internacional de las inversiones. De tal

forma que en estos eventos es posible identificar la presencia de la autoridad privada en la gobernanza global representada en el actuar de los árbitros y de las oficinas globales de abogados.

6.3. Los árbitros y las oficinas globales de abogados en el régimen internacional de las inversiones

Este trabajo se propone determinar si las oficinas globales de abogados son una manifestación de la gobernanza global contemporánea y para ello se utilizan los casos de arbitraje CIADI originados en la crisis económica 1999–2001 de la Argentina. En el análisis de los laudos y de los procesos se encuentra que el rol del árbitro como individuo tiene un papel fundamental en la construcción y modelación del régimen del arbitraje internacional de inversiones y con él del Derecho internacional de las inversiones. Los árbitros van a responder a un doble perfil: son bien abogados que practican de forma activa la abogacía, o bien son jueces, casi siempre ex jueces, o académicos; a dichas actividades se suma su eventual designación como árbitros. En su labor como abogados van a estar casi siempre vinculados a una gran firma, o son socios de un despacho de los que se denominan por Dezalay y Garth como firmas boutique, esto es aquellas que localizadas en un centro internacional de comercio, de las finanzas o de los asuntos internacionales, se especializan en el arbitraje y en el litigio internacional⁵⁹³ como su razón de ser.

El que los árbitros estén fuertemente vinculados con firmas de abogados, que generalmente son representantes de los inversores, no supone en sí

⁵⁹³ Para los efectos de este trabajo se identifican tres modalidades de arbitraje en los que se especializan estas firmas: arbitraje comercial internacional, entre actores privados; arbitraje internacional, entre Estados, y arbitraje internacional de inversiones, entre un Estado y un inversor.

mismo un prejuicio en contra de los Estados y una actitud favorable hacia el inversor. Los resultados de los diversos arbitrajes son dispares y de ellos no es posible concluir que el arbitraje del CIADI implique un sesgo a favor del inversor. Si bien la argumentación empleada en la mayor parte de los laudos no es sensible a los intereses de los Estados, los resultados son más bien mixtos, en el entendido que no todos ellos han condenado a la Argentina, y en los que lo han hecho, las nulidades solicitadas por dicho Estado le han sido concedidas y con ello iniciar de nuevo los arbitrajes correspondientes.

De estos arbitrajes sí es posible concluir que el mecanismo arbitral del CIADI no es necesariamente la mejor manera de resolver las diferencias asociadas a la inversión, en el evento de una gran crisis económica y política que afecte al Estado anfitrión de la inversión. Los procesos arbitrales ante el CIADI relacionados con la crisis argentina se han caracterizado por su gran dilación en el tiempo, por las tácticas procesales argentinas de desconocer la jurisdicción del Centro y con ello prolongar más el proceso arbitral, pues requerirá de vistas adicionales y de la exigencia de proferir un laudo parcial en el que se pronuncie el tribunal sobre su jurisdicción. A esto se suma que, como política de litigio, la Argentina ha solicitado la nulidad de todos aquellos laudos que le son adversos, modificando así la naturaleza excepcional de dicho recurso. Además la Argentina se resiste por todas las formas jurídicas de pagar las condenas de aquellos laudos que le han sido contrarios y que además se les ha denegado la nulidad.

La actitud ambivalente de los árbitros no es extraña a lo que se ha indagado en la literatura sobre los nombramientos arbitrales. De forma reciente la académica Daphna Kapeliuk se ha ocupado de analizar el comportamiento de los integrantes de los tribunales arbitrales asociados a diferencias de inversiones. Según Kapeliuk la oportunidad de las partes para seleccionar los integrantes del tribunal de arbitraje es uno de los factores centrales del arbitraje y del que depende la calidad del laudo que se emita en el futuro. La perspectiva general es que las decisiones de los árbitros están condicionadas

por el hecho que sus opiniones en los laudos condicionarán su elegibilidad en el futuro. La información de la que se dispone en el mercado en un momento dado es la que afectará su elección como miembros de un determinado tribunal. Debido al hecho que los árbitros se desempeñan en un entorno altamente competitivo, las dinámicas propias de dicho mercado pueden orientar su comportamiento al momento de emitir una decisión, toda vez que éstas pueden estar orientadas a satisfacer a las partes que designan en el proceso arbitral⁵⁹⁴.

En consecuencia, los árbitros pueden tender a proferir decisiones que dejen a ambas partes satisfechas, con el objetivo de ser designados de nuevo como tales. Una de las estrategias usuales para tal fin es emitir una decisión que satisfaga los intereses de las dos partes, esto se da gracias a la aversión al riesgo por parte de los intervinientes, y dividir la adjudicación de derechos de forma proporcional a los intereses de las partes en la controversia⁵⁹⁵. De esta forma se evitan las decisiones todo o nada y se opta por un punto medio en los laudos.

Se encuentra igualmente que desde otros puntos de vista se considera que más que emitir decisiones que satisfagan a las dos partes, los árbitros tienden es a favorecer a los inversores. Esta corriente se explica por varias razones: algunos indican que los árbitros son en su mayoría nacionales de Estados exportadores de capital, y por tanto tienden a favorecer a las compañías domiciliadas en ellos. Otros estiman que esta tendencia se explica por las características particulares del arbitraje internacional de inversiones, en particular, ya que a diferencia de lo que ocurre en el arbitraje comercial, en el cual cualquiera de las partes puede ser el accionante, en el de inversiones los Estados siempre serán los demandados y los inversores serán los demandantes. Existe otro grupo de académicos que han expresado cierta

⁵⁹⁴ KAPELIUK, Daphna (2010), “The Repeat Appointment Factor: Exploring Decision Patterns of Elite Investment Arbitrators”, *Cornell Law Review* (V. 96), p. 60.

⁵⁹⁵ *Ibidem*, p. 61.

preocupación por la forma como se seleccionan los árbitros del CIADI. Una de las características del CIADI es el denominado Panel de Árbitros, en el que se confecciona una lista de potenciales árbitros los cuales son nominados por los Estados miembros y por el Presidente del Consejo Administrativo, esta lista se activa en los eventos en los cuales las partes no logran un acuerdo para designar al tercer árbitro y en ese momento el Presidente será quien elija al árbitro. De allí que al ser el Presidente del Consejo el Presidente del Banco Mundial en su conjunto, dicho individuo proviene de un Estado exportador de capital⁵⁹⁶ y por tanto elegirá a un árbitro más sensible a dichos intereses. Otro aspecto que suscita dudas es el que corresponde a la dualidad de roles entre árbitro y abogado, pues un mismo individuo puede pasar de desempeñar uno u otro rol en distintos arbitrajes⁵⁹⁷.

En este mercado del arbitraje internacional las partes deben designar a los árbitros teniendo en cuenta su credibilidad profesional, su posicionamiento y reputación. Pero a pesar que en su mayor parte los árbitros designados provienen del arbitraje comercial internacional, lo que podría dar lugar a cierto favorecimiento a los inversores, la teoría indica que la preocupación principal de ellos es satisfacer las expectativas de las partes para obtener una debida adjudicación de la diferencia. De acuerdo con esta línea de pensamiento la reputación profesional del árbitro provee un incentivo clave para que su función sea lo más imparcial y equitativa posible. En consecuencia su comportamiento será determinante, no solo para ser elegidos como árbitros en un futuro, sino, y quizá más importante, para dinamizar sus carreras profesionales, bien dentro de los bufetes de abogados o bien en el ámbito académico. Por tanto, para hacerse a una reputación los árbitros optan por emitir laudos precisos y con ello descalificar cualquier insinuación de prejuicio contra el Estado.

⁵⁹⁶ El presidente del Banco Mundial ha sido hasta la fecha un nacional de los Estados Unidos de América.

⁵⁹⁷ *Ibidem*, p. 64.

Esta tendencia es más acuciosa tratándose de árbitros que han sido seleccionados varias veces y de los cuales su etiquetamiento como árbitros fiables y creíbles es fundamental para su potencial elección. Tampoco debe perderse de vista que en última instancia el trabajo dentro del tribunal supone una acción colaborativa que también podrá afectar las posibilidades de elección en el futuro. Dentro del tribunal los miembros pueden adoptar diferentes patrones de comportamiento. Si los designados hacen parte de la elite arbitral podrán entonces desarrollar dinámicas de relación interpersonal que permitan actuar de forma colegiada, de tal manera que entre más veces sean elegidos y entre más trabajen conjuntamente se desarrollará un mayor sentido de pertenencia, y de trabajo en grupo y se materializa aquello que se denomina el colegio invisible, esto es una asociación informal entre aquellos que comparten una determinada especialidad dentro de una profesión, que los conduce a compartir intereses y que los visualiza como autoridades en la materia correspondiente.

Por el contrario, aquellos que se designan por una única o por primera vez tienen patrones de comportamiento diferentes, pues en la medida en que el número de árbitros elegibles se amplía, su actuar se torna más estratégico de cara a llamar la atención de las partes como potenciales clientes futuros o para ser elegidos como árbitros en el futuro. Una forma de lograrlo es por medio de proferir salvamentos de voto en el laudo correspondiente, para con ello disociarse de la opinión mayoritaria del tribunal y obtener visibilidad en el mercado del arbitraje, tanto el de inversiones, como el comercial. Kapeliuk considera que si se acentúa esta tendencia de incremento del número de árbitros disponibles en el mercado, se podrá generar un espectro muy amplio de decisiones dentro de la jurisprudencia arbitral⁵⁹⁸, si se da una continuidad en el nombramiento de un conjunto reducido de individuos se dará un menor número de opiniones disidentes.

⁵⁹⁸ *Ibidem*, p. 68.

El trabajo de Kapeliuk encuentra que no existe un mercado abierto y competitivo de árbitros, razón por la cual es muy difícil que ingresen nuevos actores en dicho grupo. Desde esta mirada se expresa que lo que en realidad existe es un club exclusivo y bastante cerrado, el cual dificulta el acceso de nuevos miembros y que de forma simultánea hace valer su influencia en las designaciones de los distintos tribunales y en el ingreso de nuevos candidatos a las listas.

A pesar de la existencia de todas estas corrientes, la evidencia que se tiene sobre dichas afirmaciones respecto del arbitraje internacional de inversiones es muy limitada. Kapeliuk, que se ha ocupado de analizar la continuidad en el nombramiento de los árbitros, considera que además de limitados, los estudios empíricos no se han detenido en tres elementos que son necesarios para evaluar el comportamiento arbitral y sus parámetros de decisión. El primer elemento que se deja de lado atiende a la relevancia que tiene el ser designado de forma repetitiva como árbitro, según esta autor distintas investigaciones se ocupan de dar solo la información numérica, pero no se detienen a analizar qué tipo de laudo ha emitido el tribunal en su conjunto o si las decisiones son tomadas por separado o con salvamento de voto. El segundo elemento atiende al papel de los árbitros dentro del tribunal, esto es no se encuentra evidencia, o no se analiza, de la forma como se comportan dentro del funcionamiento del tribunal los árbitros designados por las partes, y aquellos designados por el CIADI. El tercer elemento problemático en los análisis empíricos es la reducción en su examen de las decisiones tomadas en los laudos a un resultado binario de ganar – perder, dejando de lado el hecho que los laudos no necesariamente se decantan por una decisión de este tipo, sino que pueden lograr fallos más equilibrados⁵⁹⁹.

En resumen, puede concluirse que la reputación de los árbitros es un incentivo para que emitan decisiones imparciales. Dicha imparcialidad afecta

⁵⁹⁹ *Ibidem*, p 71.

no solo la elección futura de dichos árbitros, sino también la suerte que correrá su ejercicio profesional como abogados, esto es en un despacho de abogados, generalmente de escala global, y en el ámbito académico. Con la finalidad de promover su reputación tenderán los árbitros a evitar decisiones de las que pueda desprenderse algún tipo de inclinación a favor de una de las partes (en general los inversores) o de prejuicio contra una de ellas (en general el Estado). De allí que el mayor activo que estos árbitros tengan es el de su reputación como “jueces” equilibrados y justos en el ámbito internacional.

En lo que corresponde a los casos CIADI asociados a la crisis argentina se reproducen los intereses descritos por Kapeliuk, solo que en algunos casos las decisiones asociadas al recurso de nulidad generan amplia controversia pues en sus consideraciones jurídicas se interpretan más como una apelación, que como una solicitud extraordinaria de nulidad.

Antes de analizar quiénes son los árbitros, es necesario retomar a Van Harten, para precisar la amplia potestad que tienen éstos para decidir sobre los asuntos regulatorios del Estado. Se aprecia que al mismo tiempo que estos sujetos son investidos temporalmente de la facultad de adjudicar derechos carecen de un control formal⁶⁰⁰ e institucional, que supervise que sus decisiones son ajustadas a derecho. Por tanto, no se cuenta con un esquema que garantice una rendición pública de cuentas ⁶⁰¹, ni la independencia judicial. Van Harten es bastante crítico de este mecanismo de selección, pues señala que a pesar que los árbitros son elegidos con base en criterios soportados en su conocimiento y experiencia en los ámbitos del

⁶⁰⁰ Podría alegarse que existe un control informal, consistente en que un árbitro que actúe de forma inadecuada, perderá cualquier posibilidad de ser designado en un nuevo tribunal, pero como se aprecia en el texto de Kapeliuk, el actuar de los árbitros no es necesariamente irracional.

⁶⁰¹ Es importante diferenciar la rendición pública de cuentas que haría un árbitro o los árbitros como grupo, de la que realiza el CIADI como institución, pues ésta se encuentra bajo las reglas del Banco Mundial y como tal está sujeta a un procedimiento de rendición de cuentas.

derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas, pero al mismo tiempo son individuos que tienen una relación con muchas de las compañías inversoras; gracias a su actividad bien como abogados, bien como funcionarios o ex funcionarios de los gobiernos o bien como peritos en el tema en cuestión, de allí que el inversor ejerza de forma indirecta una influencia en su comportamiento ⁶⁰². Alega Van Harten, que las interpretaciones extrañas y las inconsistencias de los laudos son una cuestión imposible de corregir, por la ausencia de la apelación y por no existir una estructura de precedente jurisprudencial en el sistema del arbitraje⁶⁰³. Es de anotar que esta situación se explica por la similitud que tiene el arbitraje internacional de inversiones en su estructura funcional con el arbitraje comercial internacional. Existe la tendencia a comparar más esta modalidad de arbitraje con los arbitrajes propios de los contratos comerciales internacionales, que con los disputas sujetas a arbitraje propias del Derecho internacional público. De allí que la mayor parte de los operadores jurídicos involucrados en los arbitrajes del CIADI, provengan de una tradición arbitral fundada en el canon del Derecho Privado. Lo cual es explicable porque el arbitraje comercial internacional tiene un mayor desarrollo en la práctica jurídica y su nivel de utilización es más alto que el arbitraje propio del Derecho internacional público. También se explica por la ausencia de una tradición del precedente jurisprudencial y de una revisión por una instancia superior de los laudos formulados por los tribunales de arbitraje correspondientes, que podrían brindar los instrumentos jurídicos necesarios para edificar un bagaje de conocimiento en dicha modalidad arbitral. Por el momento es necesario detenerse en quiénes son los árbitros de los tribunales CIADI asociados a la crisis argentina.

En estos 39 procesos arbitrales se constituyen tribunales de tres árbitros en todas las ocasiones. Sin contar los comités de nulidad ad hoc, se

⁶⁰² VAN HARTEN (2005), *Op. Cit.*, pp. 26 – 27.

⁶⁰³ *Ibidem*, p. 27.

poseionaron 57 árbitros, los cuales son nacionales de 24 Estados; de ellos el mayor número proviene de Estados Unidos, Suiza y España. Mirado de otra forma 36 provienen de Estados industrializados y 21 de países en vías de desarrollo. De estos últimos 18 son originarios de América Latina, lo cual es explicable, dado que Argentina nominaba a árbitros de esta subregión por afinidad cultural, y jurídica, de igual forma el CIADI en varios tribunales designó como presidente a un árbitro proveniente de la misma. Si se modifica el criterio, seleccionando los árbitros por ser nacionales de un Estado miembro de la OCDE, la mayoría se inclina a los miembros de esta organización, pues incorpora a dos Estados de América Latina: Chile y México.

Cuadro 9. Origen de los árbitros

Estado de origen	Número de árbitros elegidos
Estados Unidos	7
España	5
Suiza	5
Canadá	4
México	4
Alemania	3
Perú	3
Venezuela	3
Brasil, Chile, Colombia, Francia, Italia, Nueva Zelanda & Reino Unido	2
Bangladesh, Bélgica, Costa Rica, Egipto, Finlandia, India, Países Bajos, Suecia & Uruguay	1

Elaboración propia con datos del CIADI

Cuadro 10. Origen de los árbitros según nivel de desarrollo del Estado de origen

Árbitros provenientes de países desarrollados	Árbitros provenientes de países en vías de desarrollo	Árbitros nacionales de Estados de la OCDE	Árbitros de Estados no OCDE
36 (63.16%)	21 (36.84%)	42 (73.68%)	15 (26.32%)

Elaboración propia con datos del CIADI

Se aprecia que la mayor parte de los árbitros proviene de Estados desarrollados pues suman un 63.16% de las designaciones, por un 36.84% de los árbitros nacionales de Estados en vía de desarrollo. Si se adopta el criterio OCDE la proporción se acerca a las tres cuartas partes. Esto daría la razón a autores como Van Harten que indican que una de los puntos en los que se cuestiona la legitimidad del arbitraje de inversiones, es precisamente que los individuos que se designan como árbitros.

A nivel individual se da un cierto equilibrio entre los árbitros sujetos a un factor de repetición en su designación y entre aquellos que solo lo fueron en una única ocasión. 28 árbitros, lo fueron por una vez, 31 por dos o más ocasiones, siendo más representativo el grupo de aquellos (13) que ostentaron la calidad de árbitros por dos ocasiones. El cuadro que se encuentra en el anexo No. 2 identifica a cada uno de los árbitros que conformaron un tribunal CIADI iniciado por un inversor que consideraba que había sufrido un menoscabo, como consecuencia de las medidas adoptadas por la Argentina para conjurar su crisis económica.

Si se analiza la información contenida en el anexo, es posible apreciar que dicho equilibrio desaparece en el momento en el que se compara su adscripción profesional, pues allí se evidencia una amplia mayoría de árbitros que son abogados en despachos, frente a las demás opciones profesionales

con las que cuenta la profesión. En un segundo lugar se aprecia que buena parte de ellos son profesores e investigadores de universidad, y en menor número jueces o ex jueces, bien de tribunales internacionales o de cortes nacionales. En algunos casos se dan dualidades pues un árbitro puede ser al mismo tiempo miembro de una firma y profesor universitario. Para efectos de esta muestra la dualidad se aceptó solo en aquellos casos en que se aprecia claramente que las dos actividades tienen igual peso en el desarrollo profesional del individuo designado.

Cuadro 11. Ocupación del árbitro

Firma boutique o local	Gran firma	Juez/exjuez	Profesor/ Invest.	Árbitro	Funcionario/exf.o
23	4	7	19	1	5

Elaboración propia con datos del CIADI

Este último cuadro es de interés para la investigación por cuanto evidencia que el 47.37% de los árbitros (27) son abogados, y que en su mayor parte (23) son socios de lo que Dezalay y Garth denominan firmas boutique⁶⁰⁴, es decir, despachos altamente especializados especialmente en la gestión de controversias asociadas a los negocios internacionales, pero que a diferencia de las grandes firmas de legistas, se componen de pocos juristas y donde la posibilidad que estos se conviertan en socios es más limitada. Es posible intuir que el impacto que los letrados tiene sobre la configuración del régimen es bastante alto, más en la medida que se acentúa su doble rol de representantes de las partes y de árbitros.

La fragmentación del Derecho internacional de las inversiones catapultará la autoridad que estos árbitros ostenten en un momento dado, pues los laudos

⁶⁰⁴ *Vid.* DEZALAY, Yves & GARTH, Bryant C (1996), *Op. Cit.*.

arbitrales y la actividad de divulgación a nivel profesional generan una influencia directa en el sistema. La calidad de autoridad privada de los árbitros en el régimen del Derecho internacional de las inversiones y en particular en el arbitraje internacional de las inversiones, se refleja en dos características de dicho régimen. La primera es su doble tendencia a la positivización y a la fragmentación, la primera, porque el régimen se consolida a partir de los tratados bilaterales de protección de inversiones, y por los tratados de libre comercio con un aparte de protección de aquellas. En particular los primeros por su propia naturaleza de ser bilaterales son de aplicación inter partes generando una gran proliferación de instrumentos, lo que conduce a la segunda característica, la fragmentación. La gran dispersión de instrumentos, permite que cada tratado sea un universo en cuanto al derecho aplicable a la protección del inversor. Por tanto, si se multiplica por el número de tratados, 2883 tratados bilaterales de protección a las inversiones ⁶⁰⁵, se encontrará que el régimen es completamente desconcentrado y multipolar.

A su vez, que en el Derecho internacional de las inversiones se opte por el arbitraje como el medio favorito de solución de las diferencias relativas a inversión supone que cada tribunal de arbitraje decida de manera autónoma sobre la controversia sometida a su conocimiento. El carácter ad hoc del arbitraje fragmenta entonces una construcción “jurisprudencial” del Derecho internacional de las inversiones, pues por una parte, los árbitros deciden con base en una normativa particular para un caso en concreto, y una vez emitido el laudo correspondiente se despojan de su facultad de adjudicación. Por la otra parte, las decisiones arbitrales carecen de revisión, solo puede solicitarse la nulidad del laudo, lo que evidencia la carencia de un ente organizacional superior y rector que unifique los criterios propios de un sistema judicial organizado; por tanto los laudos arbitrales tienen cada uno de ellos su propia

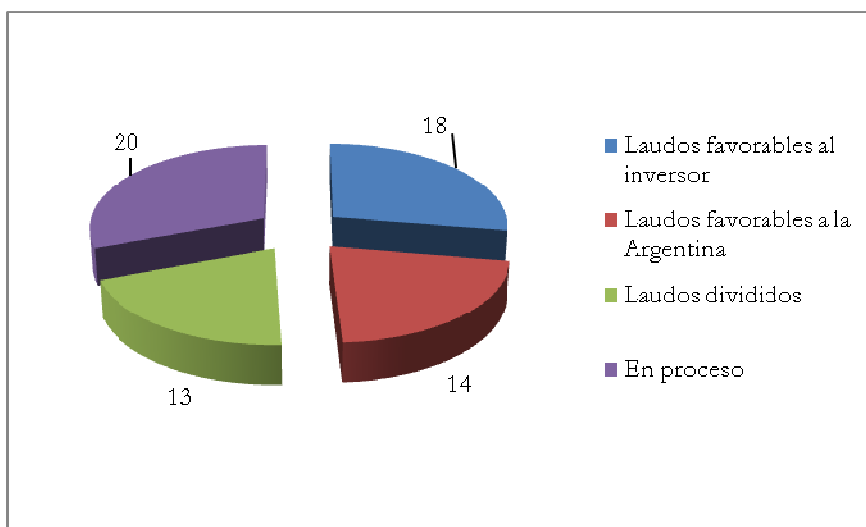
⁶⁰⁵ UNCTAD (2012), *World Investment Report 2012. Towards a New Generation of International Investment Policies*, Ginebra: United Nations Publications, p. 84.

dinámica, y generarán una constelación de decisiones sin eventuales puntos de conexión entre ellas.

De igual forma se aprecia que los árbitros designados por los inversores tienen dos características mayoritarias. La primera consiste en que la totalidad de ellos provienen de países OCDE, la segunda es que casi todos ellos son abogados de una firma de abogados. Esto es interesante, en el sentido que es posible intuir la presencia clara de la autoridad privada en este ámbito de las oficinas de abogados como un todo en la definición y construcción del régimen del arbitraje internacional de las inversiones, pues son estos abogados los que participan en los foros a lo largo del planeta exponiendo las ventajas del arbitraje como mecanismo de solución de controversias.

La acción de los árbitros orientada a las decisiones que emiten y a quién los ha designado puede apreciarse en el anexo número 2. De la información contenida allí, se puede inferir que las decisiones de los árbitros son relativamente equilibradas, y no hay evidencia que refleje un prejuicio de ellos frente al Estado anfitrión, en especial si fueron designados por los inversores. Esta armonía, que pudiera sorprender a los críticos del arbitraje internacional de inversiones, en realidad afirma el carácter de autoridad de los individuos que operan en su doble faceta de árbitros y abogados. Toda vez que profiriendo laudos relativamente equilibrados y con base a las normas del Derecho internacional de las inversiones aplicable al caso concreto, refuerzan su legitimidad epistémica, lo que les permite ser considerados una autoridad por la comunidad de inversores internacionales, y en especial por la comunidad jurídica y académica internacional que orbita alrededor del arbitraje internacional. Esto se refleja en el siguiente gráfico.

Gráfico 4. Decisiones de los árbitros



Elaboración propia con datos del CIADI

De allí que muestras empíricas más amplias, como las que utiliza Susan Franck⁶⁰⁶, evidencien que los laudos arbitrales en su mayoría no sean necesariamente condenatorios de los Estados, sino que por el contrario se da un cierto emparejamiento en las decisiones. Esto que aparentemente genera una imparcialidad por parte de los árbitros; lo que afirma es su carácter de autoridad en un régimen internacional particular como es el del Derecho internacional de las inversiones. Los abogados que operan como árbitros tienen una alta motivación en obtener, conservar y ostentar un alto estatus como referente de la comunidad a la cual pertenecen. Esta comunidad tiene dos vertientes, por una parte se identifica la que corresponde a la reputación profesional, en ella los juristas buscan posicionarse como líderes de su profesión y para ello ser designados como árbitros y participar en la

⁶⁰⁶ Vid. FRANCK, Susan D. (2008), “Empirically Evaluating Claims about Investment Treaty Arbitration”, *North Carolina Law Review* (V. 85), pp. 1 – 88, y FRANCK, Susan D. (2009), “Development and Outcomes in Investment Treaty Arbitration”, *Harvard International Law Journal* (V. 50, No. 2), pp. 435 – 489.

representación de compañías en arbitrajes internacionales de inversiones supone un factor de prestigio profesional relevante. De los procesos relacionados con la Argentina, es posible visualizar que estos legistas se desempeñan tanto en oficinas boutique con negocios globales, o en las grandes oficinas globales de abogados. Por la otra parte es marcado su interés en convertirse en los faros académicos del arbitraje. Esto se da a partir de la constitución de foros y asociaciones relacionadas con el arbitraje internacional de inversiones, lo que conlleva a la celebración de seminarios y conferencias a lo largo del planeta y a la edición de numerosas publicaciones sobre este tema, orientadas tanto a un ámbito estrictamente operativo, como al académico⁶⁰⁷.

La manera como se desempeñaron los árbitros en la cuestión argentina y los resultados de los laudos, así como la recepción de los mismos en la comunidad jurídica internacional y en especial la comunidad de abogados especializados en el arbitraje y en la inversión, será fundamental para la configuración del régimen del arbitraje internacional de las inversiones y en consecuencia del Derecho internacional de las inversiones. La multiplicidad de tratados bilaterales de inversiones contrasta con la singularidad del Convenio del CIADI, lo que permite que los tribunales que se constituyen bajo el amparo de este último gocen de un gran impacto en la conformación de las reglas del Derecho internacional de las inversiones. A su vez, la posibilidad de poder proveer servicios jurídicos en una firma global o en una firma boutique, reafirma la consolidación de una comunidad de saber especializado, pues facilitará estar presente en los diversos momentos del arbitraje internacional de inversiones; toda vez que un individuo podrá en un determinado proceso ser designado como árbitro y estar investido *pro tempore* de la facultad de adjudicar en virtud del Derecho internacional, y en

⁶⁰⁷ Por ámbito operativo se entiende aquella publicación que brinda información sobre la mejor forma de operar en el campo profesional correspondiente. A su vez por ámbito académico se engloban aquel tipo de publicaciones que reflexiona sobre el por qué y sobre la finalidad del tópico en cuestión.

otro proceso actuar como abogado representante de una de las partes. También los intereses académicos posibilitan que estos sujetos adelanten una labor de divulgación, que les genera no sólo un mayor reconocimiento, sino que les brinda un manto de legitimidad esencial para que sean reconocidos como una autoridad en dicha materia.

Tal situación permite rescatar y validar la posición de Dezalay y Garth en relación con el funcionamiento del arbitraje internacional. Para estos autores el éxito de implantar el arbitraje como una alternativa viable a la solución de controversias de inversión se debe principalmente a la labor que llevaron a cabo los grandes hombres del arbitraje europeo, especialmente aquellos que conforman en la actualidad las denominadas firmas boutique. La vinculación de estos abogados con el ámbito académico generó la confianza y la credibilidad suficiente⁶⁰⁸ para que el arbitraje fuera acogido tanto por el entorno jurídico estadounidense y por una elite del mundo en vías de desarrollo educada en Europa y en los Estados Unidos. Estos nuevos actores reconocen los méritos de sus mentores y al mismo tiempo promueven su valía local, se da entonces la construcción de un red de contactos, que es esencial para la fortaleza de dicho sistema, en este funcionamiento en red se da un intercambio en el cual las elites jurídicas locales transan su ingreso al mercado de las elites jurídicas globales, a cambio que éstas tengan acceso a los grandes clientes locales.

Por tanto la creación y consolidación de una comunidad de actores jurídicos globales y especializados en la solución de diferencias internacionales por la vía arbitral es un factor esencial en la consolidación de los abogados, y sus despachos como autoridad privada en la gobernanza global. El campo del arbitraje internacional de inversiones es especialmente fértil para afirmar su autoridad, pues implica por una parte la doble condición de alta *juridificación*, gracias a los tratados, y de alta fragmentación, debido a que los tratados son

⁶⁰⁸ *Ibidem*, p. 119.

en su inmensa mayoría bilaterales; lo cual les para facultar a intervenir con amplio poder y así modelar el régimen de conformidad con sus intereses. Por la otra parte, el hecho de ser un arbitraje que involucra a un Estado y a un actor privado, el inversor, y que se rija por el Derecho internacional, implica que se está en una arena de regulación global, lo que magnifica el impacto de su actividad.

Los resultados de los arbitrajes iniciados contra la Argentina con ocasión de la crisis 1999 – 2002, evidencian que el régimen del Derecho internacional de las inversiones y en concreto el del arbitraje internacional de las inversiones del CIADI, se encuentra en proceso de construcción y de forma simultánea tiene un impacto global. La literatura que se desprende de estos arbitrajes patentiza la relevancia de dicho tema para la comunidad jurídica en particular y para la comunidad de inversores y de negocios en general. A su vez las actividades de estos actores tienen implicaciones para la política regulatoria de los Estados, pues se pronuncian sobre normativas nacionales que afectan a un ente jurídico privado y extranjero que se considera lesionado en sus intereses patrimoniales. Finalmente, dicha actividad está legitimada normativamente en el Derecho internacional al estar consagrado dicho régimen en diversos tratados internacionales.

En consecuencia estos arbitrajes permiten identificar la presencia de la autoridad privada en un régimen internacional particular y operativo, régimen que se caracteriza por su carácter híbrido, al legitimar a un actor privado a accionar en clave jurídica contra un Estado, bajo las reglas del Derecho internacional público. Tal situación conduce a plantearnos la presencia de la autoridad privada, legitimada en el reconocimiento de autoridad a los abogados que operan tanto como árbitros, como miembros de una firma y como investigadores y divulgadores de las funciones y beneficios del arbitraje para la economía global.

Conclusiones

El estudio de los procesos arbitrales ante el CIADI generados con ocasión de la crisis de la Argentina (1999 – 2002) permite identificar la presencia de la autoridad privada en la gestión de un régimen propio de la gobernanza global. El ejercicio de la gobernación que se desprende de dicha autoridad se realiza por parte de los abogados que son designados como árbitros, y que son miembros de oficinas globales o boutiques de abogados. La manera como gobiernan estos actores es difusa, descentralizada e indirecta. En primer lugar, es difusa porque el lenguaje en el cual se expresan árbitros y abogados es el del Derecho internacional de las inversiones, que carece de un corpus preciso y definido, a lo que se suma que los laudos arbitrales no están vinculados los unos a los otros, a diferencia de lo que ocurre en las decisiones proferidas por jueces de distinto tipo. Por ello el contenido de dichos laudos no permite determinar en un primer momento, la presencia de este tipo de autoridad.

En segundo lugar, es descentralizada porque la función del CIADI es de mera coordinación, no supone la existencia de una instancia jerárquica. Los árbitros son orgánicamente autónomos, y no están obligados a rendir cuentas al CIADI de su acción, más allá de las propias de la actividad jurídica que desempeñan. Por tanto no hay una instancia ni órgano de control directo a los cuales deban rendir cuentas los sujetos que obran como árbitros, de ahí que en sus decisiones tenga un mayor peso la reputación personal y la preservación del sistema que los reconoce como autoridades en la materia arbitral. Por ello puede afirmarse que el arbitraje de inversiones pasa de ser un medio a un fin en sí mismo.

En tercer lugar, la actividad de gobernación por parte de los árbitros es

indirecta, pues éstos intervienen en el régimen a través de las decisiones de sus laudos, pero no en la confección directa de las normas contenidas en tratados. Además, al estar influenciados por el arbitraje internacional comercial, la presencia del *soft law* y de la moderna *lex mercatoria* implica que no se estará frente a un nuevo proceso de confección de normas de Derecho internacional.

Es necesario entonces desglosar las diversas conclusiones que se desprenden de los casos arbitrales originados en la crisis argentina para determinar la presencia de la autoridad privada en el régimen internacional del arbitraje de inversiones del CIADI. Esta autoridad es ejercida en especial por los abogados que ofician como árbitros y que en el mayor número de ocasiones son miembros o socios de un bufete global o de uno altamente especializado en arbitraje y en inversión extranjera, y que colabora con las grandes firmas globales.

(1) La autoridad privada la ostentan quienes son abogados, facultados para ser designados como árbitros. Los procesos arbitrales relacionados con la crisis argentina ponen en evidencia que un alto número de los árbitros designados son socios o consejeros de firmas de abogados a lo largo del planeta, en especial cuando son designados por el inversor. De igual forma un buen número de ellos, en especial los designados por el CIADI, son académicos reconocidos con conexiones en el mundo profesional, con vínculos con antiguos miembros de cortes internacionales o tribunales administrativos internacionales, y con cierta reputación en el mundo de los abogados de los negocios internacionales.

(2) En el momento en que son designados como árbitros la autoridad privada de la que éstos gozan se juridifica gracias a los tratados internacionales que aceptan la jurisdicción y competencia del CIADI para tratar la diferencia. Esa *juridificación* no supone necesariamente un control estricto sobre la actuación del árbitro. En otras palabras, la caracterización

del régimen de las inversiones y en particular del arbitraje internacional de las inversiones permite que el árbitro goce de una gran discrecionalidad en el momento de elaborar, argumentar y proferir su decisión. El Derecho internacional de las inversiones, está altamente fragmentado en la medida en que se apoya y depende de un alto número de tratados bilaterales, lo que conduce a que las decisiones de los árbitros no sean siempre coherentes entre sí. Esto es claramente apreciable en los casos relacionados con la Argentina, en los que las decisiones no fueron concordantes entre sí, pese a la gran similitud entre los hechos que los originaron.

Además, hay que tener en cuenta que el arbitraje, por su propia naturaleza, es una decisión de única instancia, sin lugar a apelación. La posibilidad de solicitar la nulidad, además de ser extraordinaria, no supone un control jurídico de la decisión del árbitro. Quienes conforman el comité ad hoc de revisión del laudo no están facultados ni legitimados para modificar la decisión tomada por los integrantes del tribunal en cuanto a su estructura, argumentación y metodología jurídica empleada. Sólo podrán hacerlo cuando estén presentes unos vicios de forma claramente manifiestos, que supongan una clara violación al derecho del debido proceso. Esta cuestión permite que los árbitros en ejercicio de su autoridad interpreten libremente el derecho aplicable a la controversia en concreto y con ello el régimen se modele de acuerdo con la percepción que ellos tienen del mismo.

Esto se potencia por la ausencia de un ente unificador de la jurisprudencia arbitral. La carencia de un tribunal permanente de revisión o de control posibilita entonces que el abogado que funge como árbitro tenga un gran impacto en la construcción y orientación del régimen. Éste podrá entonces orientarse siguiendo los criterios que comparte su comunidad profesional y académica que es la de los despachos globales de abogados, en su modalidad de gran firma o de firma boutique, generalmente localizadas en los grandes centros de la economía global, tanto en las economías desarrolladas, como en las economías emergentes.

(3) El carácter de autoridad reside no tanto en una posición ocupada o en una entidad a la que esta pertenece, sino en la reputación de quienes poseen autoridad en tanto que depositarios de los mejores conocimientos y técnicas en lo que se refiere al diseño y al funcionamiento de los marcos jurídicos de la inversión extranjera en el ámbito global, así como por poseer la experiencia más calificada respecto del litigio arbitral y de la técnica del árbitro; esto es, en la doble faceta de jurista y de árbitro. En tal sentido, sus opiniones, conceptos y actuaciones gozan del reconocimiento y la deferencia de terceros involucrados en la comunidad de las inversiones, entre los cuales se encuentra el Estado.

Los árbitros y abogados que participaron en los arbitrajes relacionados con la crisis Argentina son en su mayor parte abogados que pertenecen bien a bufetes globales, bien a despachos boutique de alcance global, o bien a oficinas locales de alto renombre y con excelentes contactos internacionales. Gracias a dicho posicionamiento a estos individuos se les reconoce un prestigio que se traduce en la aceptación deferente de sus conceptos en los ámbitos temáticos por los cuales transitan.

Para consolidar el respeto y reconocimiento frente a su saber, es necesario que el mundo de lo académico esté presente y por eso en el conjunto de los árbitros y abogados en los casos relacionados con la crisis Argentina se encuentran profesores de diversas universidades, en especial de Europa y Estados Unidos. El sello de la esfera académica es fundamental para el reconocimiento de la autoridad. Por una parte, permite encontrar el foro ideal para divulgar el saber y la experiencia adquiridas en el mundo del arbitraje y del litigio asociado a inversiones. Por otra parte, estar dentro del ámbito académico otorga un aura de prestigio que refuerza el carácter de autoridad. El acceso a medios de divulgación del conocimiento científico y la posibilidad de ser autores de referencia para trabajos de investigación

posteriores cimienta las bases de ese reconocimiento de autoridad hacia los abogados. La generación de nuevos medios y revistas del orden académico consolidan una comunidad, con un conocimiento aplicado y especializado, que se clama como necesaria en uno de los nichos clave de la globalización económica, como es el de la inversión extranjera. A lo anterior se suma una frenética celebración de seminarios de divulgación del arbitraje a lo ancho del planeta, en los cuales se informa a los potenciales practicantes de las bondades del arbitraje y de las mejores estrategias y tácticas del litigio arbitral.

Solo en el último instante se da una legitimación de tipo normativa, formal y externa, como es el momento en el cual uno de estos individuos es designado como árbitro y éste acepta su nombramiento como tal. Pero incluso en tal evento, las reglas del CIADI le reconocen su carácter de autoridad al enunciar los requisitos para ser árbitro. El artículo 14 del Convenio CIADI establece que la persona designada para “figurar en las Listas deberán tener (...) reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e *inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio. La competencia en el campo del Derecho será circunstancia particularmente relevante* para las personas designadas en la Lista de Árbitros” (cursiva añadida). Es posible entonces ver que en el mismo tratado se reconoce el carácter de autoridad de las personas facultadas para ser árbitro. La capacidad, la experiencia y el conocimiento serán, pues, los elementos esenciales para ser parte de las listas y, de este modo, potencialmente designados como árbitro.

(4) El funcionamiento en redes es esencial para lograr la consolidación de los abogados y las firmas como autoridad privada. Las oficinas globales de abogados, a pesar de competir entre sí, requieren de un trabajo colaborativo dependiendo de la materia en la cual se requiera resolver un problema particular. En el contexto del arbitraje internacional de las inversiones, la colaboración inter-firmas es especialmente notoria y necesaria, dado el alcance global de las disputas asociadas a las inversiones, la diversidad de las

modalidades de inversión y la diversidad de los Estados a los cuales se dirige. De ahí que las firmas boutique de alcance global (ubicadas en Bruselas, Ginebra y París) y las oficinas locales con vínculos en los centros globales (Nueva York, Londres) se conviertan en actores esenciales en el juego del arbitraje internacional de inversiones. De este modo, es necesario construir una red entre los distintos operadores jurídicos que se ocupan de este tema, y entre sus diversas actividades destacan las referidas a la divulgación del arbitraje. Los foros y seminarios, que son un elemento para consolidar la entidad de académico, son fundamentales para tejer contactos y relaciones entre abogados interesados en trabajar de forma conjunta. Y lo son también para que en dicha relación cooperativa/competitiva sean reconocidos como los actores esenciales para dar respuestas a las incertidumbres teóricas que plantea el derecho de las inversiones y la solución de conflictos asociadas a él.

La divulgación que tuvieron los casos relacionados con la crisis de la Argentina son un fiel reflejo de la operación en red de esta autoridad. Los contenidos de los laudos fueron y son ampliamente discutidos en diversos escenarios de la órbita jurídica profesional y académica y generan una gran cantidad de publicaciones. La comunidad jurídico-académica asociada al arbitraje internacional de inversiones llevará a cabo un análisis detallado y exhaustivo de dichos procesos, que en cierta forma “conmocionan” el desarrollo que hasta dicho momento tenían los arbitrajes del CIADI y revelan que el alto número de tratados bilaterales de inversiones constituye un mecanismo para dinamizar la actividad del Centro. Hasta dicho momento no se había producido un número tan elevado de procesos arbitrales originados en un mismo hecho y contra un mismo Estado.

A su vez, el carácter global de estas disputas plantea la necesidad de organizar grupos de trabajo a lo largo del planeta bien en un esquema intra-firmas o en un ámbito inter-firmas, generalmente entre un gran despacho global de los analizados en el tercer capítulo y una firma tipo boutique o una

firma local de gran prestigio. Las firmas que apoderan a los accionantes en los casos argentinos son firmas provenientes, en su gran mayoría, de Estados desarrollados, pero muchas de ellas también cuentan con un vínculo local, lo que afirma la necesidad de interconexión en su trabajo. Tal cuestión también se aprecia en las tareas de los árbitros, pues estos no comparten localización geográfica. Por tanto, el trabajo en red también es fundamental para la culminación exitosa del arbitraje.

En suma, el arbitraje internacional de inversiones es un campo dentro de la gobernanza global contemporánea en el cual es necesario desarrollar redes de gobierno entre los actores implicados. Estas redes son hasta cierto punto informales en el sentido que no están formalizadas como órganos o entes que regulan directamente el campo en cuestión. Más bien se constituyen, como se ha indicado, a través de foros, seminarios y asociaciones de abogados o de centros de estudios asociados al arbitraje. También algunos centros predominantes en el arbitraje comercial internacional, como la Cámara de Comercio Internacional, organizan a los abogados para que conformen grupos de estudio y posteriormente de presión respecto de las bondades del arbitraje.

Para las Relaciones Internacionales el régimen del arbitraje internacional de inversiones puede dar la impresión de ser un campo más propio del Derecho internacional. Sin embargo, dicho régimen tiene dos componentes problemáticos en la sociedad internacional contemporánea, cuyo tratamiento es más propio de la disciplina de las Relaciones Internacionales. El primero consiste en que es un régimen en el que a un actor no estatal se le permite solicitar reparación directa a un Estado por aquellos actos que considere son lesivos de un interés patrimonial. Estos actos pueden ser legítimos en cuanto al derecho interno, pero eventualmente pueden suponer un incumplimiento de una obligación de respeto de las condiciones de inversión otorgadas a dicho actor. Por tanto, el Estado podrá ser condenado a reparar al actor privado, según el Derecho internacional. Este es un elemento importante

toda vez que ya no es el Estado el único actor en los foros de solución de controversias internacionales. Además, se legitima a un actor diferente de una persona física para buscar una reparación directa del Estado en la órbita internacional. A diferencia de lo que ocurre en los sistemas regionales de derechos humanos, el órgano ante el cual se solicita la reparación no es un tribunal establecido, sino un ente ad hoc para cada caso concreto; esto es, la vía del arbitraje, el arbitraje internacional de inversiones.

Ello conduce al segundo componente, referido a la institución del arbitraje. Al no constituirse un ente permanente que gestione y adjudique las diferencias, la opción del arbitraje abre la puerta para que este régimen sea gobernado por agentes privados dotados de autoridad. Si bien la figura del arbitraje como medio de solución de controversias internacional no es novedosa, sí lo es el contexto en el cual se encuadra para atender las diferencias relativas a inversiones. Las otras modalidades de arbitraje internacional, comercial y estatal, suponen una igualdad entre las partes que resuelven la diferencia. Aquellos arbitrajes constituidos para resolver disputas según el Derecho internacional público implican que estas se dan entre Estados soberanos, con una igualdad jurídica y formal; aquellos establecidos para resolver controversias internacionales del ámbito privado suponen que formalmente estas se dan entre sujetos de derecho privado, jurídicamente iguales. Sin embargo, el arbitraje de inversiones enfrenta a sujetos de naturaleza jurídica y política diferente. La disputa se da, por un lado, entre una compañía, eventualmente una persona física, que tiene la calidad de inversionista y, por otro lado, un Estado.

Se está entonces ante un arbitraje peculiar en el cual se enfrentan dos sujetos de entidad jurídica diferente bajo las reglas del Derecho internacional. Que en estos arbitrajes el Estado solo pueda participar como parte demandada, y que la diferencia surja en ocasiones como consecuencia del ejercicio de la potestad reguladora del Estado, plantea interrogantes respecto del equilibrio de las partes y genera la necesidad de indagar en el impacto de este tipo de

arbitraje más allá de su mero funcionamiento. Este modelo de solución de controversias nivela de algún modo la situación jurídica de un Estado y de un inversor en aras de facilitar la expansión de la inversión extranjera a escala global, pero al hacerlo posibilita que los actores privados tengan un interés en intervenir en la gestión y definición de esta modalidad de solución de diferencias.

Los actores privados interesados en la gobernación de este nuevo régimen no serán directamente los inversores, sino los operadores jurídicos directamente implicados en el andamiaje del mismo; esto es, los abogados que actúan tanto como representantes jurídicos de las partes, como potenciales árbitros luego de ser designados en una controversia específica. Estos sujetos son reguladores indirectos en la medida en que no intervienen a título personal, sino que de forma mediada orientan la conformación del régimen a través de las actividades de fomento del arbitraje, a través de su papel de árbitros o a través de los laudos arbitrales. La autoridad que se les reconoce en la comunidad que gira alrededor de la inversión extranjera a escala global será sin duda un factor determinante de éxito.

Esta presencia de la autoridad privada es por tanto un fenómeno real y presente en la gobernanza global contemporánea. En este caso concreto opera con un fin y un propósito precisos, como es la expansión del régimen del arbitraje internacional de inversiones y, con él, el crecimiento de las oficinas globales de abogados como divulgadores de la globalización jurídica a lo largo del planeta. La influencia que tienen estos actores, gracias al reconocimiento que de su autoridad le hacen los miembros de la comunidad de las inversiones internacionales, se potencia en la medida en que los tratados bilaterales de inversiones celebrados entre los Estados se incrementa exponencialmente en los últimos 20 años.

Los casos relacionados con la crisis de la Argentina son una evidencia de ello, pues los resultados globales de los procesos plantean que la función de los

árbitros y de los abogados se orienta más hacia el mantenimiento futuro del sistema que hacia el beneficio de una de las partes involucradas en el proceso correspondiente. La importancia de este régimen tanto para las Relaciones Internacionales como para el Derecho internacional es capital, pues es uno de los pocos escenarios en los que se faculta de forma legítima la interacción Estado–actor privado en el ámbito internacional, y en el cual la regulación fragmentada por medio de tratados internacionales permite la intervención activa de la autoridad privada en la modelación posterior del régimen.

Anexos

Anexo No. 1. Árbitros en los procesos CIADI contra la Argentina

Árbitro	Nacionalidad	Ocupación	# de arbitrajes	Designado por
Piero Bernardini	Italia	Abogado (externo) de la firma Ughi e Nunziante de Milán y Roma, Italia Profesor de arbitraje Universidad Internazionale degli Studi Sociali (LUISS) Guido Carli de Roma	6	Inversor
Charles N. Brower	Estados Unidos	Ex magistrado del Tribunal de Reclamaciones Irán Estados Unidos Abogado socio de 20 Essex Street de Londres, Reino Unido Antiguo socio de White & Case.	5	Inversor
Gabrielle Kaufmann-Kohler	Suiza	Abogada socia de Lévy, Kaufmann-Kohler Abogados de Ginebra, Suiza Profesora de arbitraje y de Derecho internacional Privada en la Universidad de Ginebra	5	Inversor
Henri Alvarez	Canadá	Abogado de la firma Fasken Martineau de Vancouver, Canadá	4	Inversor

Continúa

Árbitro	Nacionalidad	Ocupación	# de arbitrajes	Designado por
Francisco Orrego Vicuña	Chile	Profesor U. de Heidelberg Miembro de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres Juez del Tribunal Administrativo del Banco Mundial	4	CIADI
Brigitte Stern	Francia	Profesora (jubilada) de la Universidad París I Pantheon Sorbona de París, Francia	4	Argentina
Albert Jan van den Berg	Países Bajos	Abogado socio de la firma Hanotiau & Van den Berg de Bruselas, Bélgica	4	Inversor
Pedro Nikken	Venezuela	Profesor de Derecho internacional y de Derecho Civil de la Universidad Central de Venezuela, en Caracas Ex magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	4	Argentina
Georges Abi-Saab	Egipto	Ex miembro del Panel de Apelaciones de la OMC.	3	Argentina

Continúa

Árbitro	Nacionalidad	Ocupación	# de arbitrajes	Designado por
Lucius Caflish	Suiza	Miembro de la Comisión de Derecho internacional (hasta 2016). Profesor emérito del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Ginebra.	3	CIADI
Pierre Marie Dupuy	Francia	Árbitro y abogado de Estados. Profesor del Instituto de Posgrado en Estudios Internacionales y de Desarrollo de Ginebra.	3	CIADI
Hans Danelius	Suecia	Ex magistrado de la Corte Suprema de Suecia.	3	CIADI
Marc Lalonde	Canadá	Abogado (antiguo socio de Stikeman Elliott LLP) Asesor de Estados Ex ministro del Canadá	3	Inversor
Giorgio Sacerdoti	Italia	Profesor de la Universidad de Bocconi, Milán, Italia. Abogado (of counsel) de la firma Eversheds, división Italia.	3	CIADI
Jeswald Salacuse	Estados Unidos	Profesor de la Universidad de Tufts, Medford, EE. UU.	3	CIADI

Continúa

Árbitro	Nacionalidad	Ocupación	# de arbitrajes	Designado por
Domingo Bello Janeiro	España	Catedrático de Derecho Civil Universidad de A Coruña.	2	Argentina
Karl H. Böckstiegel	Alemania	Árbitro profesional en 24 Lincoln's Inn Fields en Londres. Director del Instituto del Aire y del Espacio y titular de la cátedra International Business Law de la Universidad de Colonia, Alemania.	2	Inversor
Jean Paul Chabaneix	Perú	Abogado socio de la firma Rodrigo, Elías & Medrano de Lima, Perú.	2	Argentina
Juan Fernández Armesto	España	Abogado socio de la firma Armesto & Asociados de Madrid, España.	2	CIADI
Bernard Hanotiau	Bélgica	Abogado socio de la firma Hanotiau & Van den Berg de Bruselas, Bélgica.	2	Inversor
Luis Herrera Marcano	Venezuela	Ex embajador y ex profesor de la Universidad Central de Venezuela.	2	Argentina
Gustaf Möller	Finlandia	Abogado (of counsel) de la firma Krogerus de Helsinki, Finlandia.	2	CIADI
Sandra Morelli Rico	Colombia	Contralora General de la República de Colombia.	2	Argentina
Fali S. Nariman	India	Abogado ante la Corte Suprema de la India.	2	CIADI

Continúa

Árbitro	Nacionalidad	Ocupación	# de arbitrajes	Designado por
William W. Park	Estados Unidos	Profesor de la Universidad de Boston.	2	CIADI
Francisco Rezek	Brasil	Abogado (socio de Francisco Rezek Sociedade de Advogados) Ex ministro del Brasil Ex – magistrado del Supremo Tribunal Federal de Brasil	2	Argentina
Pierre Tercier	Suiza	Profesor emérito de la Universidad de Friburgo.	2	CIADI
Christian Tomuschat	Alemania	Profesor emérito de la Universidad Humboldt de Berlín.	2	Argentina
Grant D. Aldonass	Estados Unidos	Consultor internacional de la firma Split Rock de Arlington, EE. UU.	1	Inversor
Tatiana Bogdanowsky de M. (fallecida)	Venezuela	Abogada	1	CIADI
Andreas Bucher	Suiza	Profesor emérito Universidad de Ginebra.	1	CIADI
Duncan H. Cameron	Estados Unidos	Abogado socio de la firma Cameron LLP, de Washington, EE. UU.	1	Inversor
Ernesto Canales Santos	México	Abogado socio de la firma Canales, Estrada, Pérez, Páez asociados, de Monterrey, México.	1	Inversor

Continúa

Árbitro	Nacionalidad	Ocupación	# de arbitrajes	Designado por
Antonio Cançado Trindade	Brasil	Magistrado de la Corte Internacional de Justicia. Ex magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	1	Argentina
Fernando de Trazegnies	Perú	Abogado y ex ministro del Perú.	1	Argentina
Enrique Gómez Pinzón	Colombia	Abogado socio de la firma Holland & Knight de Washington.	1	CIADI
Héctor Gros Espiell (fallecido)	Uruguay	Ex ministro del Uruguay.	1	Argentina
Kammal Hossaini	Bangladesh	Ex ministro bangladesí. Abogado socio de la firma Dr. Kammal Hossaini & Associates de Dhaka, Bangladesh.	1	Argentina
Jaime Irarrázabal	Chile	Abogado socio de la firma Philippi, Yrrázabal, Pulido & Brunner de Santiago, Chile.	1	CIADI
Vaughan Lowe	Reino Unido	Profesor de la Universidad de Oxford y abogado de Estados en Essex Court Chambers de Londres.	1	CIADI
Andreas Lowenfeld	Estados Unidos	Profesor de la Universidad de Nueva York.	1	CIADI

Continúa

Árbitro	Nacionalidad	Ocupación	# de arbitrajes	Designado por
Roberto Maclean	Perú	Abogado y exministro del Perú	1	CIADI
Pedro J. Martínez-Fraga	Estados Unidos	Abogado socio de la firma DLA Piper, sección de Miami, EE. UU.	1	Argentina
Campbell McLachlan	Nueva Zelanda	Profesor de la Universidad de Victoria en Wellington, Nueva Zelanda.	1	Inversor
Donald M. McRae	Nueva Zelanda/Canadá	Profesor de la Universidad de Ottawa, Canadá.	1	Argentina
Michell Nader	México	Abogado socio de Nader, Hayaux & Goebel de Ciudad de México.	1	Argentina
Rodrigo Oreamuno Blanco	Costa Rica	Abogado socio de la firma Facio & Cañas de San José, Costa Rica y ex vicepresidente de la República de Costa Rica.	1	CIADI
Antonio Remiro-Brotons	España	Catedrático de Derecho internacional público de la Universidad Autónoma de Madrid.	1	Argentina
Eduardo Siqueiros T.	México	Abogado de Barrera, Siqueiros, Torres Landa Abogados de Ciudad de México.	1	Argentina
Pierre Yves Tschanz	Suiza/Irlanda	Abogado socio de la firma Taverner & Tschanz de Ginebra.	1	Argentina

Continúa

Árbitro	Nacionalidad	Ocupación	# de arbitrajes	Designado por
VV Veeder	Reino Unido	Abogado en Essex Court Chambers de Londres.	1	Inversor
Robert Volterra	Canadá	Abogado socio de la firma Volterra Fietta de Londres.	1	Inversor
Claus von Wobeser	México	Abogado socio de la firma von Wobeser & Sierra de Ciudad de México.	1	Inversor
Jesús Remón	España	Abogado socio de la firma Uría Menéndez de Madrid.	1	Argentina
Bruno Simma	Alemania	Profesor de la Universidad de Michigan, EE. UU. Ex magistrado de la Corte Internacional de Justicia.	1	CIADI
J. Christopher Thomas	Canadá	Antiguo socio de Thomas & Partners, absorbida por Borden, Ladner, Gervais LLP. y profesor de la Univesidad Nacional de Singapur.	1	Argentina
Santiago Torres-Bernárdez	España	Juez ad hoc de la Corte Internacional de Justicia.	1	Argentina

Elaboración propia con datos del CIADI.

Anexo No. 2. Decisiones de los árbitros

Árbitro	Dec. Fav. inversor	Dec. Fav. Argentina	Dec. dividida	Pendiente	Proceso suspendido	Designado por
Piero Bernardini	1	1		1	3	Inversor 6 ocasiones
Charles N. Brower	1	1		1	2	Inversor 5 ocasiones
Gabrielle Kaufmann-Kohler	1		2		2	Inversor 5 ocasiones
Henri Alvarez				1	3	Inversor 4 ocasiones
Francisco Orrego Vicuña	3				1	CIADI 4 ocasiones
Brigitte Stern		2	2			Argentina 4 ocasiones
Albert Jan van den Berg	2			1	1	Inversor 4 ocasiones
Pedro Nikken			2		2	Argentina 4 ocasiones
Georges Abi-Saab		1			2	Argentina 3 ocasiones
Lucius Cafilish	1				2	CIADI 3 ocasiones
Pierre Marie Dupuy		1			2	CIADI 3 ocasiones
Hans Danelius		1	1		1	CIADI 3 ocasiones
Marc Lalonde	2				1	Inversor 3 ocasiones
Giorgio Sacerdoti			1	1	1	CIADI 3 ocasiones
Jeswald Salacuse			2		1	CIADI 3 ocasiones
Domingo Bello Janeiro		1			1	Inversor 2 ocasiones
Karl H. Böckstiegel				1	1	Inversor 2 ocasiones
Jean Paul Chabaneix		1			1	Argentina 2 ocasiones

Continúa

Árbitro	Dec. Fav. inversor	Dec. Fav. Argentina	Dec. dividida	Pendiente	Proceso suspendido	Designado por
Juan Fernández Armesto				1	1	CIADI 2 ocasiones
Bernard Hanotiau				1	1	Inversor 2 ocasiones
Luis Herrera Marcano				1	1	Argentina 2 ocasiones
Gustaf Möller				1	1	CIADI 2 ocasiones
Sandra Morelli Rico	1				1	Argentina 2 ocasiones
Fali S. Nariman		1			1	CIADI 2 ocasiones
William W. Park	1				1	CIADI 2 ocasiones
Francisco Rezek	2					Argentina 2 ocasiones
Pierre Tercier				1	1	CIADI 2 ocasiones
Christian Tomuschat				1	1	Argentina 2 ocasiones
Grant D. Aldonass		1				Inversor
Tatiana Bogdanowsky de M. (fallecida)	1					CIADI
Andreas Bucher				1		CIADI
Duncan H. Cameron		1				Inversor
Ernesto Canales Santos				1		Inversor
Antonio Cañado Trindade				1		Argentina
Fernando de Trazegnies					1	Argentina
Enrique Gómez Pinzón					1	CIADI

Continúa

Árbitro	Dec. Fav. inversor	Dec. Fav. Argentina	Dec. dividida	Pendiente	Proceso suspendido	Designado por
Héctor Gros Espiell (fallecido)					1	Argentina
Kammal Hossaini					1	Argentina
Jaime Irrarázabal					1	CIADI
Vaughan Lowe				1		CIADI
Andreas Lowenfeld					1	CIADI
Roberto Maclean					1	CIADI
Pedro J. Martínez-Fraga				1		Argentina
Campbell McLachlan			1			Inversor
Donald M. McRae					1	CIADI
Michell Nader			1			Argentina
Rodrigo Oreamuno Blanco		1				CIADI
Antonio Remiro-Brotons				1		Argentina
Eduardo Siqueiros T.					1	Argentina
Pierre Yves Tschanz	1					Argentina
VV Veeder			1			Inversor
Robert Volterra					1	Inversor
Claus von Wobeser					1	Inversor
Jesús Remón	1					Argentina
Bruno Simma				1		CIADI

Continúa

Árbitro	Dec. Fav. inversor	Dec. Fav. Argentina	Dec. dividida	Pendiente	Proceso suspendido	Designado por
J. Christopher Thomas				1		Argentina
Santiago Torres-Bernárdez		1				Argentina

Elaboración propia con datos del CIADI.

Bibliografía

AAKEN, Anne von (2008), “Perils of Success? The Case of International Investment Protection”, *European Business Law Organizations Review* (V. 9), pp. 1 – 27.

AART SCHOLTE, Jan (2011), “Towards Greater Legitimacy in Global Governance”, *Review of International Political Economy* (V. 18, No. 1), pp. 110 – 120.

ABBOT, Kenneth W. & SNIDAL, Duncan (2008), “The Governance Triangle: Regulatory Standards Institutions and the Shadow of the State”, en MATTLI, Walter & WOODS, Ngaire (eds.) (2008), *The Politics of Global Regulation*, Princeton: Princeton University Press, pp. 44 – 88.

ACHARYA, Amitav (2004), “How Ideas Spread: Whose Norms Matter? Norm Localization and Institutional Change in Asian Regionalism”, *International Organization* (V. 58, No. 2), pp. 239 – 275.

ÁLVAREZ, José E. (2009), “The Public International Law Regime Governing International Investment”, en *Recueil des cours – Collected Courses of The Hague Academy of International Law* (V. 344), La Haya: Martinus Nijhoff, pp. 193 – 542.

ÁLVAREZ, José E. (2009), “The Democratization of the Invisible College”, *Transnational Dispute Management* (V. 6, Is. 1), sin paginación.

ÁLVAREZ, José E. (2008-2009), “Contemporary Foreign Investment Law: “An Empire of Law” or the “Law of Empire””, *Alabama Law Review* (V. 60), pp. 943 – 975.

ÁLVAREZ, José E. (2006), *International Organizations as Law Makers*, Oxford: Oxford University Press.

ÁLVAREZ, José E. & SAUVANT, Karl P. (eds.) (2011), *Improving the International Investment Law and Policy System*, Oxford: Oxford University Press.

ÁLVAREZ, José E. & KHAMSI, Kathryn (2008), “The Argentine Crisis and Foreign Investors: A Glimpse into the Heart of the Investment Regime”, *IILJ Working Paper*, (2008/5), Nueva York.

AMUZEGAR, Jahangir (1977), “A Requiem for the North-South Conference”, *Foreign Affairs* (V. 56, No. 1), pp. 136 – 137.

ANDERSON, Kenneth (2005), “Book Review: Squaring the Circle? Reconciling Sovereignty and Global Governance Through Global Government Networks: A New World Order, by Anne-Marie Slaughter”,

Harvard Law Review (V. 118), pp. 1255 – 1312.

AVANT, Deborah D., FINNEMORE, Martha & SELL, Susan K. (eds.) (2010), *Who Governs the Globe*, Cambridge: Cambridge University Press.

APPELBAUM, Richard, FELSTINER, William, L. F. & GESSNER, Volkmar (eds.) (2001), *Rules and Networks. The Legal Culture of Global Business Transactions*, Oxford: Hart Publishing.

BARAGUIRRE, Jorge A. (2007) “Los tratados bilaterales de inversión (TBI) y el convenio CIADI ¿La evaporación del derecho administrativo doméstico?”, *Res Pública Argentina* (No. 3), pp. 107 – 121.

BAKER, Gideon & CHANDLER, David (eds.) (2005), *Global Civil Society. Contested Futures*, Abingdon: Routledge.

BARNETT, Michael & DUVALL, Raymond (eds.) (2005), *Power in Global Governance*, Cambridge: Cambridge University Press.

BARNETT, Michael N. & FINNEMORE, Martha (1999) "The Politics, Power, and Pathologies of International Organizations", *International Organization* (V. 53, N. 4), pp. 669 - 732.

BENHABIB, Seyla (2009), “Claiming Rights across Borders: International Human Rights and Democratic Sovereignty”, *American Political Science Review* (V. 103, No. 4), pp. 691 – 704.

BERG, Albert Jan van den (ed.) (2003), *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions*, La Haya: Kluwer Publishers.

BERNASCONI-OSTERWALDER, Nathalie & JOHNSON, Lise (eds.) (2011), *International Investment Law and Sustainable Development Key Cases from 2000 – 2010*, Winnepeg: International Institute for Sustainable Development.

BIANCULLI, Andrea Carla (2010), *Trade Governance in Latin America. Interest Articulation and Institutions across Negotiations in Argentina and Chile*, tesis doctoral UPF, disponible en <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/7255/tacb.pdf?sequence=1> (última consulta 10 de mayo de 2013).

BOGDANDY, Armin von & GOLDMANN, Matthias (2008), “The exercise of International Public Authority through National Policy Assesment”, *International Organizations Law Review* (V. 5 No. 2), pp. 241 – 298.

BOGDANDY, Armin Von, DANN, Philipp & GOLDMANN, Matthias (2008), “Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities”, *German Law Journal* (V. 9, No. 11), pp. 1375 – 1400.

BRAITHWAITE, John (2008), *Regulatory Capitalism. How it works, ideas for making work better*, Cheltenham: Edward Elgar Publishers.

BRANSON, David (2010), “Sympathetic Party-Appointed Arbitrators:

Sophisticated Strangers and Governments Demand Them”, *ICSID Review Foreign Investment Journal* (V. 10, No. 2), pp 367 – 392.

BRASSETT, James, RICHARDSON, Ben & SMITH, William (2012), “Private experiments in global governance: primary commodity roundtables and the politics of deliberation”, *International Theory* (V. 4, No. 3), pp. 367 – 399.

BREYER, Stephen, STEWART, Richard B., SUNSTEIN, Cass R. & VERMEULE, Adrian (2006), *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, Text and Cases*, Nueva York: Aspen Publisher.

BROCHES, Aron (1991), *Arbitration under the ICSID Convention*, Washington: International Centre for Settlement of Investment Disputes.

BROCK, David M., YAFFE, Tal & DEMBOVSKY, Mark (2006), “International diversification and performance: A study of global law firms”, *Journal of International Management* (V. 12), pp. 473 – 489.

BROWER, Charles N. & SCHILL, Stephan W. (2009), “Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law?”, *Chicago Journal of International Law* (V. 9), pp. 471 – 498.

BRUNET, Alexia & LENTINI, Juan Agustín (2007), “Arbitration of International Oil, Gas, and Energy Disputes in Latin America”, *Northwestern Journal of International Law and Business* (V. 27, spring), pp. 591 – 630.

BUERGENTHAL, Thomas (2006), “The Proliferation of Disputes, Dispute Settlement Procedures and Respect for the Rule of Law”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* (V. 21, No. 1), pp. 126 - 131.

BULL, Hedley (2005), *La Sociedad Anárquica*, Madrid: Los libros de la catarata, (Prólogo de GARCÍA SEGURA, Caterina).

BURKE-WHITE, William (2008), “The Argentine Financial Crisis: State Liability under BITs and the Legitimacy of the ICSID System”, *Asian Journal on WTO and International Health Law and Policy* (V. 30), pp. 199 – 234.

BURKE-WHITE, William & von STADEN, Andreas (2010), “Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitration”, *The Yale Law Journal* (V. 35, Summer), pp. 283 – 347.

BURKE-WHITE, William & von STADEN, Andreas (2008), “Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Provisions in Bilateral Investment Treaties”, *Virginia Journal of International Law* (V. 48, No. 2), pp. 307 – 410.

BURGSTALLER, Markus & ROSENBERG, Charles B. (2011), “Challenging International Arbitral Awards: To ICSID or not to ICSID”, *Arbitration International* (V. 27, No. 1), pp. 91 – 107.

CALVO, Carlos (1868), *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y*

América, París: D'Amot & Durand et Pedone-Lauriel.

CASSESE, Sabino (2003), *La crisis del Estado*, Buenos Aires: LexisNexis Abeledo Perrot.

CAVALLERO, Eric (2010), "Coercion, Inequality and the International Property Regime", *The Journal of Political Philosophy* (V. 18, No. 1), pp. 16 – 31.

CERNY, Philip G. (2010), *Rethinking World Politics. A Theory of Transnational Neopluralism*, Oxford: Oxford University Press.

CERNY, Philip G. (1995), "Globalization and the Changing Logic of Collective Action", *International Organization* (V. 49 No. 4), pp. 595 – 625.

CHAYES, Abram & CHAYES, Antonia (1995), *The New Sovereignty. Compliance with International Regulatory Agreements*, Cambridge, MA: Harvard University Press.

CHOUDHURY, Barnali (2008), "Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit?", *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (V. 41), pp. 775 – 832.

CHIMNI, B. S. (1993), *International Law and World Order A Critique of Contemporary Approaches*, Nueva Delhi: Sage.

CHURCHILL, Robin & ULFSTEIN, Geir (2000), "Autonomous Institutional Arrangements in Multilateral Environmental Agreements: A Little-noticed Phenomenon in International Law", *American Journal of International Law* (V. 94, No. 4), pp. 623-659.

COHEN, Joshua & SABEL, Charles F. (2005), "Global Democracy?", *New York University Journal of International Law and Politics* (V. 37), pp. 763 -797.

COMISIÓN DE GESTIÓN DE LOS ASUNTOS PÚBLICOS MUNDIALES (1995), *Nuestra Comunidad Global*, Madrid: Alianza.

CONROY, Melanie (2006), "Book Notes: A New World Order by Anne-Marie Slaughter", *Harvard Human Rights Journal* (V. 19), pp. 306-308.

CÓRTEZ CONDE, Roberto (2009), *The Political Economy of Argentina in the Twentieth Century*, Nueva York: Cambridge University Press.

COX, Robert (1996), "A Perspective on Globalization", en MITTLEMAN, James H. (ed.) (1996), *Globalization. Critical Reflections*, Londres: Lynne Rienner Publishers.

COX, Robert W. (1981), "Social Forces, States and World Orders: Beyond International Relations Theory", *Millennium Journal of International Studies* (V. 10, No. 2), pp. 126 - 155.

CRAWFORD, James (2012), *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford: Oxford University Press.

- CRAWFORD, James (2002), *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge: Cambridge University Press.
- CUTLER, A. Claire (2010), "The legitimacy of private transnational governance" *Socio-economic review* (V. 8), pp. 157 – 185.
- CUTLER, A. Claire (2001), *Private Power and Global Authority. Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*, Cambridge: Cambridge University Press.
- CUTLER, A. Claire (1999), "Locating "Authority" in the Global Political Economy" en *International Studies Quarterly* (V. 43), pp. 59-81.
- CUTLER, A. Claire, HAUFLE, Virginia & PORTER, Tony (eds.) (1999), *Private Authority and International Affairs*, Albany: State University of New York Press.
- DAMMANN, Jens & HANSMANN, Henry (2008), "Globalizing Commercial Litigation", *Cornell Law Review* (V. 94), pp. 1 – 72.
- DAMILL, Mario, FRENKEL, Roberto & RAPETTI, Martín (2010), "The Argentinean Debt: History, Default, and Restructuring", en HERMAN, Barry, OCAMPO, José Antonio & SPIEGEL, Shari (eds) (2010), *Overcoming Developing Country Debt Crises*, New York: Oxford University Press, pp. 179 – 230.
- DELAUME, Georges R. (1987), "ICSID Arbitration", en LEW, Julian D. (ed.) (1987), "Contemporary Problems in International Arbitration", Dordrecht: Kluwer Publishers, pp. 23 – 125.
- DEZALAY, Yves (2007), "From a Symbolic Boom to a Marketing Bust: Genesis and Reconstruction of a Field of Legal and Political Expertise at the Crossroads of a Europe Opening to the Atlantic", *Law & Social Inquiry* (V. 32, No. 1), pp. 161 – 181.
- DEZALAY, Yves & GARTH, Bryant (2010), "Marketing and selling transnational "judges" and global "experts": building the credibility of (quasi) judicial regulation", *Socio-Economic Review* (V. 8), pp. 113 – 130.
- DEZALAY, Yves & GARTH, Bryant (2004), "The Confrontation between the Big Five and Big Law: Turf Battles and Ethical Debates as Contests for Professional Credibility", *Law & Social Inquiry* (V. 29, No. 3), pp. 615 – 638.
- DEZALAY, Yves & GARTH, Bryant (2003), "Patterns of Foreign Legal Investment and State Transformation in Latin America", en FRIEDMAN, Lawrence M., & PEREZ-PERDOMO, Rogelio (eds.) (2003), *Legal Culture in the Age of Globalization Latin America and Latin Europe*, Stanford: Stanford University Press, pp. 479 - 498.
- DEZALAY, Yves & GARTH, Bryant C (1996), *Dealing in Virtue. International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*,

Chicago: University of Chicago Press.

DEZALAY, Yves & SUGARMAN, David (eds.) (2005) *Professional Competition and Professional Power*, Londres: Routledge.

Di ROSA, Paolo (2004 – 2005), “The Recent Wave of Arbitrations Against Argentina Under Bilateral Investment Treaties: Background and Principal Legal Issues”, *University of Miami Inter-American Law Review* (V. 36), pp. 41 – 74.

DJELIC, Marie-Laure & SAHLIN-ANDERSON, Kerstin (2006), “Introduction: A world of governance: The rise of transnational regulation”, en DJELIC, Marie-Laure & SAHLIN-ANDERSON, Kerstin (eds.) (2006), *Transnational Governance. Institutional Dynamics of Regulation*, Cambridge: Cambridge University Press.

DOUGLAS, Zachary (2004), “The Hybrid Foundations of Investment Arbitration”, en CRAWFORD, James & LOWE, Vaughan (eds.) (2004), *The British Yearbook of International Law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 151 – 290.

FALK, Richard E. (2002), *La globalización depredadora*, Madrid: Siglo XXI de España.

FARIA, José Eduardo (1999), *El Derecho en la economía globalizada*, Madrid: Trotta.

FAUCHALD, Ole Kristian (2008), “The Legal Reasoning of ICSID Tribunals –An Empirical Analysis”, *European Journal of International Law* (V. 19, No. 2), pp. 301 – 364.

FAULCONBRIDGE, James R. (2008), “Negotiating Cultures of Work in Transnational Law Firms”, *Journal of Economic Geography* (V. 8), pp. 497 – 517.

FAULCONBRIDGE, James R, BEAVERSTOCK, Jonathan V., MUZIO, Daniel & TAYLOR, Peter J. (2007-2008), “Global Law Firms: Globalization and Organizational Spaces of Cross-border Legal Work”, *Northwestern Journal of International Law and Business* (V. 28), pp 455 – 488.

FEDERAL DEPOSIT INSURANCE CORPORATION (1984), *A History of FDIC 1933 – 1983*, pp. 92 – 93, disponible en <http://www.fdic.gov/bank/analytical/firstfifty/chapter5.pdf> (última consulta 10 de mayo de 2013).

FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. Á. & ARIAS, David (eds.) (2010), *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Madrid: Ed. La Ley.

FINNEMORE, Martha & TOOPE, Stephen (2001), “Alternatives to “Legalization”: Richer Views of Law and Politics”, *International Organization*, (V. 55, No.3), pp. 743 - 758.

FLOOD, John A. (2010), “From Ethics to Regulation: The Re-Organization

and Re-Professionalization of Large Law Firms in the 21st Century”, *University of Westminster School of Law Working Paper*, disponible en <http://ssrn.com/abstract=1592324> (última consulta 10 de mayo de 2013).

FLOOD, John A. (2007), “Lawyers as Sanctifiers: The Role of Elite Firms in International Business Transactions”, *Indiana Journal of Global Legal Studies* (V. 14, No. 1), pp. 35– 66.

FLOOD, John & Sosa, Fabian P. (2008), “Lawyers, Law Firms and the Stabilization of Transnational Business”, *Northwestern Journal of International Law and Business* (V. 28, No. 3), pp. 489 – 528.

FRANCIONI, Francesco (2009), “Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law”, *European Journal of International Law* (V. 20, No. 3), pp. 729 – 747.

FRANCK, Susan (2011), “Rationalizing Costs in Investment Treaty Arbitration”, *Washington University Law Review* (V. 88, No. 4), pp. 769 – 852.

FRANCK, Susan (2009), “Development Outcomes of Investment Treaty Arbitration”, *Harvard International Law Journal* (V. 50, No. 2), pp. 435 – 489.

FRIEDMAN, Richard B. (1973), “Authority”, en FLATHAM, Richard E. (1973), *Concepts in Social & Political Philosophy*, Nueva York: McMillan, pp. 121 – 146.

GAILARD, Emmanuel (2010), *Legal Theory of International Arbitration*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.

GALANTER, Marc & PALAY, Thomas (1999), “Large Law Firm Misery: It’s the Tournament, Not the Money”, *Vanderbilt Law Review* (V. 52), pp. 953 – 969.

GALANTER, Marc & PALAY, Thomas (1992), “The Transformation of the Big Law Firm”, en NELSON, Robert L., TRUBEK, David M. & SOLOMON, Rayman L. (eds.) (1992), *Lawyers’ Ideals/Lawyers’ Practices*, Ithaca: Cornell U. P., pp. 31 – 62.

GALANTER, Marc & PALAY, Thomas (1991), *Tournament of Lawyers*, Chicago: Chicago University Press.

GALLAGHER, Kevin P. & SHRESTHA, Elen (2011), “Investment Treaty Arbitration and Developing Countries: A Re-Appraisal”, *Global Development and Environment Institute Working Paper* (No. 11-01), disponible en <http://www.ase.tufts.edu/gdae/Pubs/wp/11-01TreatyArbitrationReappraisal.pdf> (última consulta 10 de mayo de 2013).

GARCIA, Frank (2007), “A “Fair” Trade Law of the Nations or a “Fair” Global Law of Economic Relations”, *Alberta Law Review* (V. 45, No. 2), pp. 303 - 317.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo & FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón

- (2008), *Curso de Derecho Administrativo I*, Madrid: Thomson Civitas.
- GARCÍA SEGURA, Caterina & RODRIGO HERNÁNDEZ, Ángel J. (eds.) *El imperio inviable. El orden internacional tras el conflicto de Irak*, Madrid: Tecnos.
- GARCÍA SEGURA, Caterina (1993), “La evolución del concepto de actor en la Teoría de las Relaciones Internacionales”, *Papers Revista de Sociología* (No. 41), pp. 13 – 31.
- GARNER, Bryan A. (ed. in chief) (1999), *Black’s Law Dictionary*, St. Paul (Minn): West Group.
- GAZZINI, Tarcisio (2008), “Necessity in International Investment Law: Some Critical Remarks on CMS v Argentina”, *Journal of Energy and Natural Resources Law* (V. 26, No. 3), pp. 450 – 469.
- GERBASI, Jennifer & WARNER, Mildred E. (2007), “Privatization, Public Goods and the Ironic Challenge of Free Trade Agreements”, *Administration and Society* (V. 39, No. 2), pp. 127 – 149.
- GERMAIN, Randall & KENNY, Michael (2005), *The Idea of Global Civil Society. Politics and Ethics in a Globalizing Era*, Abingdon: Routledge.
- GIDDENS, Anthony (2000), *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Madrid: Taurus.
- GILPIN, Robert (1987), *The Political Economy of International Relations*, Princeton: Princeton University Press.
- GOLDMAN, David M. (2007), *Globalization and the Western Legal Tradition*, Cambridge: Cambridge University Press.
- GOLDSTEIN, Judith, KAHLER, Miles, KEOHANE, Robert O. & SLAUGHTER, Anne-Marie (eds.) (2001) *Legalization and World Politics*, Cambridge: MIT Press.
- GORDON, Robert W. (2002), “The Legal Profession”, en SARAT, Austin, GARTH, Bryant & KAGAN, Robert E. (eds.) (2002), *Looking Back at Law’s Century*, Ithaca – Londres: Cornell University P., pp. 287 – 336.
- GOTTWALD Eric J. (2006), “Leveling the Playing Field: Is It Time for a Legal Assistance Center for Developing Nations in Investment Treaty Arbitration?”, *Bepress Legal Series* (Working Paper 1804), disponible en <http://law.bepress.com/expresso/eps/1804> (última consulta 10 de mayo de 2013).
- GRANT, Ruth & KEOHANE, Robert O. (2005), “Accountability and Abuses of Power in World Politics”, *American Political Science Review* (V. 99, No. 1), pp. 29-43.
- GRAY, John (2000), *Falso amanecer: los engaños del capitalismo global*, Barcelona: Paidós.

GRAZ, Jean-Christophe & NÖLKE, Andreas (2008), "Beyond fragmented debate on transnational private governance", en GRAZ, Jean-Christophe & NÖLKE, Andreas (eds.) (2008), *Transnational Private Governance and its Limits*, Londres: Routledge/ECPR Studies in Political Science, pp. 1 - 26.

GRIFITS, Martin (1999), *Fifty Key Thinkers in International Relations*, Londres: Routledge.

GRIGUERA NAÓN, Horacio (1992), *Choice-of-law Problems in International Commercial Arbitration*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck)/Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht.

GRUGEL, Jean & RIGGIROZZI, María Pia (2007), "The return of the state in Argentina", *International Affairs* (V. 83, No. 1), pp. 87 – 107.

GUZMAN, Andrew T. (1997-1998), "Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties", *Virginia Journal of International Law* (V. 38), pp. 639 – 688.

HAAS, Peter M. (1992), "Introduction: epistemic communities and international policy coordination" *International Organization* (V. 46, No. 1), pp. 1 – 35.

HALL, Rodney Bruce & BIERKESTER, Thomas J. (eds.) (2002), *The Emergence of Private Authority in Global Governance*, Cambridge: Cambridge University Press.

HAMILTON, Jonathan C., GARCÍA-BOLIVAR, Omar E. & OTERO, Hernando (eds.) (2012), *Latin American Investment Protections*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.

HARTNELL, Helen Elizabeth (2006), "Living La Vida Lex Mercatoria", en BERGER, Klaus Peter, BORGES, Georg, HERRMAN, Harald, SCHLÜTER, Andreas & WCKERBARTH, Ulrich (eds.) (2006), *Zivil- und Wirtschaftrecht im Europäischen und Globalen Kontext/Private and Commercial Law in a European and Global Context Festschrift für Norbert Horn*, Berlin: De Gruyter Recht, pp. 355 – 376.

HAUFLER, Virginia (2001), *A Public Role for the Private Sector Industry. Self-Regulation in a Global Economy*, Washington: Carnegie Endowment for International Peace.

HELD, David (2009), "Restructuring Global Governance: Cosmopolitanism, Democracy and the Global Order", *Millennium Journal of International Studies* (V. 37, No. 3), pp. 535 – 547.

HELD, David & MCGREW, Anthony (2003), *Globalización / Antiglobalización*, Barcelona: Paidós.

HELD, David, MCGREW, Anthony, GOLDBLATT, David & PERRATON, Jonathan (1999), *Global Transformations. Politics, Economics and Culture*, Oxford: Polity Press.

- HERSHEY, Amos S. (1907), “The Calvo and Drago Doctrines”, *American Journal of International Law* (V. 1, No. 1), pp. 26 – 45.
- HEWSON, Martin & SINCLAIR, Timothy J. (eds.) (1999), *Approaches to Global Governance Theory*, Albany: State University of New York Press, 1999.
- HIGGOT, Richard A., UNDERHILL, Geoffrey R.D. & BIELER, Andreas, (eds.) (2000), *Non-State Actors and Authority in the Global System*, Londres: Routledge.
- HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis M. & ROLDÁN BARBERO, Javier (coords.) (2010), *Derecho internacional económico*, Barcelona: Marcial Pons
- HIRSH, Moshe (1993), *The Arbitration Mechanism of the ICSID*, Dordrecht: Martinus Nijhoff.
- HOFFMAN, Matthey J. & BA, Alice D. (eds.) (2005), *Contending Perspectives in Global Governance*, Londres: Routledge.
- HORNBECK, J. F. (2010), “Argentina’s Defaulted Sovereign Debt: Dealing with the “Holdouts””, *Congressional Research Service Report for Congress* (R41029).
- HORNBECK, J. F. (2003), “The Financial Crisis in Argentina”, *Congressional Research Service Report for Congress* (RS21072).
- HORNBECK, J. F. & MARSHALL Meaghan K. (2003), “The Argentine Financial Crisis: A Chronology of Events”, *Congressional Research Service Report for Congress* (RS31582).
- HURRELL, Andrew (2006), “The State of the International Society”, en LITTLE, Richard & WILLIAMS, John (eds.) (2006), *The Anarchical Society in a Globalized World*, New York: Palgrave Macmillan, pp. 191 – 215.
- IBÁÑEZ MUÑOZ, Josep (2011), “Actores, autoridades y sujetos: el pluralismo de la política mundial y su incidencia sobre el ordenamiento jurídico internacional”, en GARCÍA, Caterina & RODRIGO, Ángel (eds.) (2011), *Unidad y pluralismo en el Derecho internacional público y en la comunidad internacional: coloquio en a profesor Oriol Casanovas. Barcelona 21-22 de mayo de 2009*, Madrid: Tecnos, pp. 107 – 128.
- IBÁÑEZ, Josep (2008), “La autoridad privada y la protección de los derechos de propiedad intelectual en el sector farmacéutico”, en SEUBA HERNÁNDEZ, Javier (coord.) (2008), *Salud pública y patentes farmacéuticas. Cuestiones de política, economía y derecho*, Barcelona: J.M. Bosh.
- IBÁÑEZ, Josep (2005), *El control de Internet. Poder y autoridad en los mercados electrónicos*, Madrid: Los libros de la catarata.
- IBÁÑEZ, Josep (2005), “Sociedad postinternacional” en GARCÍA SEGURA, Caterina & VILARIÑO PINTOS, Eduardo (coords.) (2005), *Comunidad internacional y sociedad internacional después del 11 de septiembre de 2001*, Gernika: Gernika Gogoratzuz Munduan Paz y Desarrollo, pp. 119 – 130.

INTERNATIONAL CENTRE FOR THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (2013), *The ICSID Caseload Statistics (Issue 2013-1)*, Washington: ICSID Publications.

INTERNATIONAL CENTRE FOR THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (2011), *ICSID Annual Report 2011*, Washington: ICSID Publications.

INTERNATIONAL CENTRE FOR THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (2008), *ICSID Annual Report 2008*, Washington: ICSID Publications.

INTERNATIONAL MONETARY FUND (2003), *Foreign Direct Investment Statistics: How Countries Measure FDI*, Washington: IMF Publications.

JAN VAN DEN BERG, Albert (2002), *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions*, La Haya: Kluwer.

JONES, Geoffrey (2008), “Globalization”, en JONES, Geoffrey & ZEITLIN, Jonathan (eds.) (2008), *The Oxford Handbook of Business History*, Oxford: Oxford University Press.

JONES, Geoffrey (2005), *Multinationals and Global Capitalism. From the nineteenth to the twenty-first Century*, Oxford: Oxford University Press.

JONES, Geoffrey (2003), “Multinationals”, en AMATORI, Franco & JONES, Geoffrey (eds.) (2003), *Business History around the World*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 353 – 371.

KAHN, Philippe & WÄLDE, Thomas W. (eds.) (2007), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux / New Aspects of International Investment Law*, Leiden: Martinus Nijhoff.

KALDOR, Mary (1999), *Las nuevas guerras: la violencia organizada en la era global*, Barcelona: Tusquets.

KAPELIUK, Daphna (2010), “The Repeat Appointment Factor: Exploring Decision Patterns of Elite Investment Arbitrators”, *Cornell Law Review* (V. 96), pp. 47 – 90.

KECK, Margaret E. & SIKKINK, Kathryn (1999), “Transnational Advocacy Networks in International and Regional Politics” *International Social Science Journal* (No. 159), pp. 89 – 101.

KECK, Margaret E. & SIKKINK, Kathryn (1998), *Activist Beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics*, Ithaca: Cornell University Press.

KENNEDY, David (2009), “The Mystery of Global Governance”, en DUNOFF, Jeffrey L. & TRACHTMAN, Joel P. (eds.) (2009), *Constitutionalism, International Law and Global Governance*, New York: Cambridge University Press, pp. 37 – 68.

KENNEDY, David (2000), “When Renewal Repeats: Thinking Against the

Box”, *New York University Journal of International Law and Politics* (V. 32), pp. 335-500.

KEOHANE, Robert O. (2011), “Global governance and legitimacy”, *Review of International Political Economy* (V. 18, No. 1), pp. 99 – 109.

KEOHANE, Robert O. (2000), *Power and Governance in a Partially Globalized World*, Londres: Routledge.

KIM, Dohyun (2011), “The Annulment Committee’s Role in Multiplying Inconsistency in ICSID Arbitration: The Need to Move Away From an Annulment-Based System”, *New York University Law Review* (V. 86), pp. 242 – 279.

KINGSBURY, Benedict, KRISCH, Nico & STEWART, Richard B. (2005), “The Emergence of Global Administrative Law”, *Law and Contemporary Problems* (V. 68), pp. 15 – 62.

KLABBERS, Jan, PETERS, Anne & ULFSTEIN, Geir (2009), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford: Oxford University Press.

KIRSCH, Nico & KINGSBURY, Benedict (2006), “Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order”, *European Journal of International Law* (V. 17, No. 1), pp. 1 – 13.

KNILL, Christopher & LEHMUKHI, Dirk (2002), “Private Actors and the State: Internationalization and Changing Patterns of Governance”, *Governance: An International Journal of Policy Administration and Institutions* (V. 15, No. 1), pp. 41-63.

KOENING-ARCHIBUGI, Mathias (2002), “Mapping Global Governance”, en HELD, David & MCGREW, Anthony (eds.) (2002), *Governing Globalization*, Cambridge: Polity Press, pp. 46 – 69.

KOSKENNIEMI, Martti (2007), *The Ideology of International Adjudication*, disponible en: <http://www.helsinki.fi/eci/Publications/Koskenniemi/MKHague%201907-puheversio07a.pdf>, (última consulta 10 de mayo de 2013).

KRASNER, Stephen (1982), “Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables”, *International Organization* (V. 36, No. 2), pp. 185 – 205.

LAMM, Carolyn (2012), “Internationalization of the Practice of Law and Important Emerging Issues for Investor-State Arbitration”, *Recueil des cours/Collected Course of The Hague Academy of International Law* (T. 354), Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, pp. 9 – 64.

LEBEN, Charles (Dir.) (2006), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l’investissement*, Louvain-la-Neuve: Arthemis.

LEVITSKY, Steven & MURILLO, María Victoria (eds.) (2005), *Argentina*

Democracy: The Politics of Institutional Weakness, University Park: The Pennsylvania State University Press.

LEVITSKY, Steven & MURILLO, María Victoria (2003), “Argentina Weathers the Storm”, *Journal of Democracy* (V. 14, No. 4), pp. 152 – 166.

LEW, Julian D. M., MISTELIS, Loukas A. & KRÖLL, Stefan M. (2003), *Comparative International Commercial Arbitration*, La Haya: Kluwer Publishers.

LIPSCHUTZ, Ronnie D. & ROWE, James K. (2005), *Globalization, Governmentality and Global Politics. Regulation for the rest of us?*, Londres: Routledge.

LIST, Christian & KOENING-ARCHIBUGI, Mathias (2010), “Can There Be Global Demos? An Agency-Based Approach”, *Philosophy & Public Affairs* (V. 38, No. 1), pp. 76 – 110.

LOIBL, Gerhard (2003), “International Economic Law” en EVANS, Malcolm D. (2003), *International Law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 589 – 720.

LORA, Eduardo (2009), “Washington Consensus”, en REINERT, Kenneth A. & RAJAN, Ramkishen S. (eds.) (2009), *The Princeton Encyclopedia of the World Economy*, Princeton: Princeton University Press.

LOWENFELD, Andreas (2008), *International Economic Law*, Oxford: Oxford University Press.

LOZANO CONTRERAS, Fernando (2013), “El estado de necesidad y las cláusulas de emergencia contempladas en los APPRI: los casos argentinos ante el CIADI”, *Revista Española de Derecho internacional* (V. LXV, No. 1), pp. 101 – 129.

MALANCKSZUK, Peter (1997), *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Londres: Routledge.

MANN, Howard & Moltke, Konrad von (2006), *A Southern Agenda of Investment. Promoting Developing with Balanced Rights and Obligations for Investors, Host States and Home States*, Winnipeg: International Institute for Sustainable Development.

MANN, Howard, COSBEY, Aaron, PETERSON, Luke & von MOLTKE, Konrad (2004), *Comments on ICSID Discussion Paper, “Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*, disponible en <http://www.iisd.org/publications/pub.aspx?id=667> (última consulta 10 de mayo de 2013).

MANZETTI, Luigi (1999), *Privatization South American Style*, Oxford: Oxford University Press.

MARANGOS, John (2009), “What happened to the Washington Consensus? The evolution of international development policy”, *The Journal*

of Socio-Economics (V. 38), pp. 197 – 208.

MARDEN, Peter (2003), *The Decline of Politics. Governance, Globalization and the Public Sphere*, Aldershot: Ashgate.

MARSHALL, Fiona (2009), “Risks for Hosts States of the Entwinning of Investment Treaty and Contract Claims: Dispute Resolution Clauses, Umbrella Clauses, and Forks-in-the-Road”, *Foreign Investment for Sustainable Development Program Best Practices Bulletin* (No. 4), pp. 1 – 29.

MÁRQUEZ-ESCOBAR, Carlos Pablo & VILLEGAS CARRASQUILLA, Lorenzo (2009), “Regulación e inversión extranjera: los tratados de promoción recíproca de inversiones y el estándar de trato justo y equitativo”, *Revista Colombiana de Derecho internacional* (No. 15), pp. 155 – 180.

MATTHEWS, Joseph M. (2010), “Difficult Transitions Do Not Always Require Major Adjustment-It’s Not Time to Abandon Party-Nominated Arbitrators in Investment Arbitration”, *ICSID Review Foreign Investment Journal* (V. 10, No. 2), pp. 356 – 366.

MATTLI, Walter & BÜTHE, Tim (2004), “Setting International Standards: Technological Rationality or Primacy of Power?”, *World Politics* (V. 56, No. 1), pp. 1-42.

McLACHLAN, Campbell (2008), “Investment Treaties and General International Law”, *International and Comparative Law Quarterly* (V. 57), pp. 361 – 401.

MEDINA CASAS, Héctor Mauricio (2009), “Las Partes en el Arbitraje CIADI”, *Revista Colombiana de Derecho internacional* (No. 15), pp. 215 – 241.

MITTLEMAN, James H. (1996), “The Dynamics of Globalization” en MITTLEMAN, James H. (ed.) (1996), *Globalization Critical Reflections*, Boulder: Lynne Rienner Publishers.

MONTT, Santiago (2007), “El surgimiento de la Generación BIT como un problema de acción colectiva: ¿dilema de los prisioneros o efectos de red?”, *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies* (V. 2, Issue 1), pp. 1. 58.

MOONEY, Annabelle & EVANS, Betsy (2007), *Globalization. The Key Concepts*, Abingdon: Routledge.

MORGAN, Glen & QUACK, Sigrid (2005), “Institutional Legacies and Firm Dynamics: The Growth and Internationalization of UK and German Law Firms”, *Organization Studies* (V. 26), pp. 1765 – 1785.

MUCHLINSKI, Peter T. (2007), *Multinational Enterprises and the Law*, Cambridge: Cambridge University Press.

NAÍM, Moises (2000), “Washington Consensus or Washington Confusion?”, *Foreign Policy* (Spring), pp. 86 – 104.

NINO, Ezequiel (2007), “Inversiones extranjeras en países en desarrollo: ¿alguien debería intervenir a nivel global?”, *Res Pública Argentina* (No. 3), pp. 123 – 141.

NYE JR., Joseph S. (1974 – 1975), “Multinational Corporations in World Politics”, *Foreign Affairs* (V. 53, No. 1), pp. 153 – 175.

O'BRIEN, Robert & WILLIAMS, Marc (2004), *Global Political Economy Evolution and Dynamics*, New York: Palgrave Macmillan.

OECD (2011), *OECD Guidelines for Multinational Enterprises 2011 Edition*, Paris: OECD Publishing, disponible en <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf> (última consulta 10 de mayo de 2013).

OECD (2008), *International Investment Law: Understanding the Concepts and Tracking Innovations*, Paris: OECD Publishing, disponible en <http://www.oecd.org/daf/internationalinvestment/internationalinvestmentagreements/internationalinvestmentlawunderstandingconceptsandtrackinginnovations.htm> (última consulta 10 de mayo de 2013).

ORGAN, Glenn (2006), “Transnational actors, transnational institutions, transnational spaces: the role of law firms in the internationalization of competition regulation”, en DJELIC, Marie-Laure & SAHLIN.ANDERSON, Kerstin (eds.) (2006), *Transnational Governance. Institutional Dynamics of Regulation*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 139-161.

OVERSEAS DEVELOPMENT INSTITUTE (1976), “The Paris Conference on International Economic Co-operation (CIEC)”, *ODI Briefing Paper*, disponible en <http://www.odi.org.uk/resources/docs/6602.pdf> (última consulta 10 de mayo de 2013).

PARK, William W. (2011), “Maturity in Arbitration”, *ICSID Review Foreign Investment Journal* (V. 26, No. 1), pp. 1 – 33.

PARK, William W. (2009), “Arbitrator Integrity: The Transient and the Permanent”, *San Diego Law Review* (V. 46), pp. 629 – 703.

PARK, William W. (2006), *Arbitration of International Business Disputes Studies in Law and Practice*, Oxford: Oxford University Press.

PAREJA A., Pablo (2010), *Actores y orden en las relaciones internacionales: el papel de la República Popular China y Japón en la construcción del orden regional de Asia oriental*, tesis doctoral UPF, disponible en <http://www.tdx.cat/handle/10803/7326;jsessionid=12D6D1DB7F36D41EE0A1D592FDC9E844.tdx2> (última consulta 27 de mayo de 2013).

PARRA, Antonio R. (2012), *The History of ICSID*, Oxford: Oxford University Press.

PAULSON, Jan (2010), “Moral Hazard in International Arbitration”, *ICSID*

- Review Foreign Investment Journal* (V. 25, No. 2), pp. 339 – 355.
- PAULSON, Jan (2008), “International Arbitration is not Arbitration”, *Stockholm International Arbitration Review* (V. 2), pp. 1 – 20.
- PAULSON, Jan (1995), “Arbitration Without Privity”, *ICSID Review Foreign Investment Journal* (V. 10, No. 2), pp. 232 – 257.
- PÉREZ-PERDOMO, Rogelio (2006), *Latin American Lawyers A Historical Introduction*, Stanford: Stanford University Press.
- PERRY, Guillermo & SERVÉN, Luis (2003), “The Anatomy of Multiple Crises. Why Was Argentina Special and What Can We Learn From It?”, *World Bank Policy Research Working Paper* (No. 3081), pp. 1 – 51.
- PETERSMANN, Ernst-Ulrich (2009), “International Rule of Law and Constitutional Justice in International Investment Law and Arbitration”, *Indiana Journal of Global Legal Studies* (V. 16, No. 2), pp. 513 – 533.
- PETROCHILOS, Georgios (2004), *Procedural Law in International Arbitration*, Oxford: Oxford University Press.
- QUACK, Sigrid (2010), “Law, expertise and legitimacy in transnational economic governance: and introduction”, *Socio-economic review* (V. 8), pp. 3 – 16.
- QUACK, Sigrid (2007), “Legal Professionals and Transnational Law-Making: A Case of Distributed Agency”, *Organization* (V. 14), pp. 643 – 666.
- RAUSTIALA, Kal (2002), “The Architecture of International Cooperation: Transgovernmental Networks and the Future of International Law”, *Virginia Journal of International Law* (V. 43, No. 1), pp.1 – 92.
- RAUSTIALA, Kal & BRIDGEMAN, Natalie L. (2007), “Non-State Actors in the Global Climate Regime”, *UCLA School of Law Research Paper* (N. 07-29), disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1028603 (última consulta 10 de mayo de 2013).
- RAZ, Joseph (2010), “The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception”, en RAZ, Joseph (2010), *Between Authority and Interpretation*, Oxford: Oxford University Press, pp. 126 – 165.
- REDFERN, Alan & HUNTER, Martin (1999), *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Londres: Sweet & Maxwell Publishers.
- REINER, Clara & SCHREUER, Christoph H. (2009), “Human Rights and International Investment Arbitration” en DUPUY, Pierre-Marie, PETERMANN, Ernst-Ulrich & FRANCIONI, Francesco (eds.) (2009), *Human Rights in International Investment Law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 82 – 96.
- REISMAN, Michael & SLOANE, Robert D. (2004), “Indirect Expropriation

and Its Valuation in the BIT Generation”, en CRAWFORD, James & LOWE, Vaughan (eds.) (2004), *The British Yearbook of International Law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 115 – 150.

REUS-SMIT Christian (1997), “The Constitutional Structure of International Society”, *International Organization*, (V. 51, No. 4), pp. 555 – 589.

ROBERTS, Anthea (2010), “Power and Persuasion in Investment Interpretation: The Dual Role of States”, *American Journal of International Law* (V. 104), pp. 179 – 225.

RODRIK, Dani (2011), *The Globalization Paradox*, Oxford: Oxford University Press.

RODRIK, Dani (2007), *One Economics Many Recipes*, Princeton: Princeton University Press.

RODRIK, Dani (2000), “Governance of Economic Globalization”, en NYE, Robert & DONAHUE (2000), *Governance in a Globalizing World*, Washington: Brookings Institution Press, p. 347-365.

RONIT, Karsten & SCHNEIDER, Volker (1999), “Global governance through private organizations”, *Governance* (V. 12, No. 3), pp. 243-266.

ROSE-ACKERMAN, Susan & TOBIN, Jennifer (2005), “Foreign Direct Investment and the Business Environment in Developing Countries: The Impact of Bilateral Investment Treaties”, *Yale Law & Economics Research Paper No. 293*, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=557121 (última consulta 10 de mayo de 2013).

ROSENAU, James N. (1992), “Governance, Order and Change in World Politics”, en ROSENAU, James N. & CZEMPIEL, Ernst-Otto (eds.) (1992), *Governance without government order and change in world politics*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 1 – 30.

RUGGIE, John Gerard (2004), “Reconstituting the Global Public Domain – Issues, Actors, and Practices”, *European Journal of International Relations* (V. 10, No. 4), pp. 499 – 531.

SABAHI, Borzu (2011), *Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration: Principles and Practice*, Oxford: Oxford University Press.

SACERDOTI, Giorgio (1997), “Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection”, *Recueil des Cours/Collected Courses of The Hague Academy of International Law* (V. 269). La Haya: Martinus Nijhoff, pp. 251 – 460.

SALLACUSE, Jeswald S. & SULLIVAN, Nicholas P. (2005), “Do BIT’s Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain”, *Harvard International Law Journal* (V. 2005, Winter), pp. 67 – 117.

- SANTOS, Boaventura de Sousa (2006), “Globalizations”, *Theory, Culture & Society* (V. 23, No. 2 – 3), pp. 393 – 399.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (2002), “The Processes of Globalization”, en *Eurozine*, sin paginación, disponible en <http://www.eurozine.com/articles/2002-08-22-santos-en.html> (última consulta 10 de mayo de 2013).
- SANTOS, Boaventura de Sousa (2002), *Toward a New Legal Common Sense*, Londres: Butterworths.
- SANTOS, Boaventura de Sousa & RODRIGUEZ-GARAVITO, César (eds.) (2005), *Law and Globalization from Below. Towards a Cosmopolitan Legacy*, Cambridge: Cambridge University Press.
- SASSEN, SASKIA (2006), *A Sociology of Globalization*, Chicago: Norton.
- SASSEN, Saskia (2001), *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización*, Barcelona: Ed. Bellaterra.
- SCHILL, Stephan W (ed.) (2010), *International Investment Law and Comparative Law*, Oxford: Oxford University Press.
- SCHREUER, Christoph H. (2001), *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press.
- SCHREUER, Christoph H. (2011), “The Future of Investment Arbitration” en ARSANJANI, M. H., COGAN, J. K., SLOANE, R. D. S. & WIESNER, S. (eds.) (2011), *Looking at the Future, Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, La Haya: Martinus Nijhoff Brill, pp. 787 – 803.
- SETSER, Brad & GELPERN, Anna (2006), “Pathways through Financial Crisis: Argentina”, *Global Governance* (V. 12), pp. 465 – 487.
- SHANY, Yuval (2005), “Contract Claims vs. Treaty Claims: Mapping Conflicts between ICSID Decisions on Multisourced Investment Claims”, *The American Journal of International Law* (V. 99, No. 4), pp. 865 – 851.
- SILVER, Carole (2007), “Local Matters: Internationalizing Strategies for U. S. Law Firms”, *Indiana Journal of Global Legal Studies* (V. 14, No. 1), pp. 67 – 93.
- SILVER, Carole (2005), “Winners and Losers in the Globalization of Legal Services: Situating the Market for Foreign Lawyers”, *Virginia Journal of International Law* (V. 45), pp. 897 – 934.
- SILVER, Carole (2002), “The Case of the Foreign Lawyer: Internationalizing the U. S. Legal Profession”, *Fordham International Law Journal* (V. 25), pp. 1039 – 1085.
- SIMMONS, Beth & ELKINS, Zachary (2004), The Globalizations of Liberalization: Policy Diffusion in the International Political Economy, *American Political Science Review* (V. 98, No. 1), pp. 171 - 189.

SIMMONS, P. J. (1998), *Learning to Live with NGOs*, disponible en <http://www.carnegieendowment.org/publications/index.cfm?fa=view&id=321> (última consulta 10 de mayo de 2013).

SINCLAIR, Timothy J. (2000), “Reinventing Authority. Embedded Knowledge Networks and the New Global Finance”, *Environment and Planning C: Government and Policy* (V. 18, No. 4), pp. 487 – 502.

SINGER, Peter Warren (2003), *Corporate Warriors: The Rise of the Privatized Military Industry*, Ithaca: Cornell University Press.

SLAUGHTER, Anne-Marie (2004a), “Dissagregated Sovereignty: Towards de Public Accountability of Global Government Networks”, *Government and Opposition* (V. 39), pp. 159 – 190.

SLAUGHTER, Anne-Marie (2004b), *A New World Order*. Princeton: Princeton University Press.

SLAUGHTER, Anne-Marie (2001), “International Law and International Relations” en *Recueil des Cours / Collected courses of The Hague Academy of International Law* (V. 285), La Haya: Martinus Nijhoff, , pp. 9 – 250.

SLAUGHTER, Anne-Marie (2000), “Governing through Government Networks”, en BYERS, Michael (2000), *The Role of Law in International Politics*, Oxford: Oxford University Press, p. 177-205.

SLAUGHTER, Anne-Marie (1997), “The Real New World Order”, *Foreign Affairs* (V. 73, No. 5), pp. 183 – 197.

SLAUGHTER, Anne-Marie (1995), “International Law in a World of Liberal States”, *European Journal of International Law* (V. 6), pp. 505 – 538.

SLAUGHTER, Anne-Marie (1995), “Interdisciplinary Approaches to International Economic Law: Liberal International Relations Theory and International Economic Law”, *American University Journal of International Law and Policy* (V. 10), pp. 717 – 743.

SLAUGHTER BURLEY, Anne-Marie (1993), “International Law and International Relations Theory: A Dual Agenda”, *American Journal of International Law* (V. 87, No. 2), pp. 205 – 239.

SLAUGHTER, Anne-Marie, TULUMELLO, Andrew & WOOD, Stepan (1998), “International Law and International Relations Theory: A New Generation of Interdisciplinary Scholarship”, *American Journal of International Law* (V. 92, No. 3), pp. 367-397.

SOEDERBERG, Susanne (2005), “The Transnational Debt Architecture and Emerging Markets: the Politics and Paradoxes of Punishment”, *Third World Quarterly* (V. 26, No. 6), pp. 927 – 949.

SOKOL, D. Daniel (2007), “Globalization of Law Firms: A Survey of the Literature and a Research Agenda for Further Study”, *Indiana Journal of Global*

- Legal Studies* (V. 14, No. 1), pp. 5 – 28.
- SORNARAJAH, M. (2003), “The Clash of Civilizations and the International Law on Foreign Investment A Roundtable Discussion”, *Canadian Foreign Policy Journal* (V. 10, No. 2), pp. 1 – 20.
- SOSA, Fabian P. (2009), “Cross-Border Dispute Resolution from the Perspective of Mid-Sized Law Firms: The Example of International Commercial Arbitration”, en GESSNER, Volkmar (ed.) (2009), *Contractual Certainty in International Trade*, Oxford: Hart Publishing, pp. 107 – 155.
- STEGER, Manfred (2009), *Globalization: A Very Short Introduction*, Oxford: Oxford University Press.
- STEGER, Manfred & KOY, Ravi K. (2010), *Neoliberalism: A Very Short Introduction*, Oxford: Oxford University Press.
- STEINBERG, Richard H. (2004), “Judicial Lawmaking at the WTO: Discursive, Constitutional and Political Constraints”, *American Journal of International Law*, (V. 98, No. 2), pp. 247 – 275.
- STONE SWEET, Alec (2010), “Investor-State Arbitration: Proportionality’s New Frontier”, *Law & Ethics of Human Rights* (V. 4, No. 1), pp. 47 – 76.
- STRANGE, Susan (1999), *Dinero loco. El desconcierto del sistema financiero global*, Barcelona: Paidós.
- STRANGE, Susan (1996), “The state of the State”, en STRANGE, Susan (ed.) (1996), *The Retreat of the State. The Diffusion of Power in the World Economy*, Cambridge: Cambridge University Press, pp.66 – 87.
- SULLIVAN, Mark P (2002), “Argentina’s Political Upheaval”, *Congressional Research Service Report for Congress* (RS21113).
- SULLIVAN, Mark P (2005), “Argentina: Political Conditions and U. S. Relations”, *Congressional Research Service Report for Congress* (RS21113).
- TEITELBAUM, Ruth (2010), “Book Review: The Future of Investment Arbitration by Catherine A. Rogers & Roger P. Alford”, *Arbitration International* (V. 26, No. 1), pp. 187 – 190.
- TEUBAL, Miguel (2004), “Rise and Collapse of Neoliberalism in Argentina: The Role of Economic Groups”, *Journal of Developing Societies* (V. 20), pp. 177 – 188.
- TEUBNER, Günther (1997), *Global Law Without a State*, Londres: Ashgate, 1997.
- THÉRIEN, Jean-Philippe (1999), "Beyond the North-South Divide: the Two Tales of World Poverty" (1999), en WILKINSON, Rorden (ed.) (2005), *The Global Governance Reader*, Londres: Routledge, pp. 218 – 238.
- TOCQUEVILLE, Alexis de (1945), *Democracy in America V. II*, Nueva York:

Alfred Knopf.

TOMZ, Michael (2007), *Reputation and International Cooperation. Sovereign Debt across Three Centuries*, Princeton: Princeton University Press.

TWINING, William (2000), *Globalisation and Legal Theory*, Londres: Butterworths.

UNCITRAL (2007), *The UNCITRAL Guide Basic Facts about the United Nations Commission on International Trade Law*, Viena: Publicaciones de Naciones Unidas.

UNCTAD (2012), *World Investment Report 2012. Towards a New Generation of International Investment Policies*, Ginebra: United Nations Publications.

UNCTAD (2011), *World Investment Report 2011. Non-equity Modes of International Production and Development*, Ginebra: United Nations Publications.

VAN HARTEN, Gus (2008), *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford: Oxford University Press.

VAN HARTEN, Gus (2008), “The Case for an International Investment Court”, *Society of International Law On-line Proceedings* (Working Paper No. 22/08), disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1153424 (última consulta 10 de mayo de 2013).

VAN HARTEN, Gus (2005), “Private Authority and Transnational Governance: The Contours of the International System of Investor Protection”, *Review of International Political Economy*, (V. 12), pp. 600 – 623.

VAN HARTEN, Gus & LOUGHLIN, Martin (2006), “Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law”, *European Journal of International Law* (V. 17, No. 1), pp. 121 – 150.

VANDENVELDE, Kenneth J. (2005), “A Brief History of International Investment Agreements”, *University of California – Davis Journal of International Law and Policy* (V. 12), pp. 157 – 194.

VIVES CHILLIDA, Julio A. (1998), *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a la Inversión*, Madrid: McGraw Hill.

WAI, Robert (2005), “Transnational Private Law and Private Ordering in a Contested Global Society”, *Harvard International Law Journal* (V. 46, No. 2), pp. 471 – 486.

WAIBEL, Michael, KAUSHAL, Asha, CHUNG, Kyo-Hwa Liz & BALCHIN, Claire (2010), “The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality”, en WAIBEL, Michael, KAUSHAL, Asha, CHUNG, Kyo-Hwa Liz & BALCHIN, Claire (eds.) (2010), *The Backlash against Investment Arbitration*, The Hague: Kluwer Publishers, pp. xxxvii – li.

WALDE, Thomas W. (2010), “Procedural Challenges in Investment

Arbitration under the Shadow of the Dual Role of the State. Asymmetries and Tribunal's Duty to Ensure, Pro-actively, the Equality of Arms", *Arbitration International* (V. 26, No. 1), pp. 3 – 42.

WARNING, Michael J. (2009), *Transnational Public Governance*, Nueva York: Palgrave.

WEBER, Max (1986), "Domination by Economic Power and by Authority", en LUKES, Steven (ed.) (1986), *Power*, Nueva York: New York University Press, pp. 28 – 36.

WEISS, Thomas G. (2000), "Governance, good governance and global governance: conceptual and actual challenges", *Third World Quarterly* (V. 21, No. 5), pp. 795 – 814.

WEISS, André (1925), "Hacia la justicia internacional, por el arbitraje", *Revista general de legislación y jurisprudencia* (Tomo 147), pp. 7 – 24.

WHITMAN, Jim (2005), *The Limits of Global Governance*, Londres: Routledge.

WILKINSON, Rorden (2006), *The Global Governance Reader*, Abingdon: Routledge.

WILLIAMSON, John (1993), "Democracy and the "Washington Consensus"", *World Development* (V. 21, No. 8), pp. 1329 – 1336.

WOLF, Martin (2004), *Why Globalization Works*, New Haven: Yale University Press.

YACKEE, Jason Webb (2008), "Bilateral Investment Treaties, Credible Commitment, and the Rule of (International) Law: Do BITs Promote Foreign Direct Investment?", *Law & Society Review* (V. 42 No. 4), pp. 805 – 832.

ZIADÉ, Nassib G. (2009), "How Many Hats Can a Player Wear: Arbitrator, Counsel and Expert?", *ICSID Review Foreign Investment Law Journal* (V. 24, No. 1), pp. 49 – 64.

Recursos de internet

American Bar Association

<http://www.americanbar.org>

Asociación Internacional de Supervisores de la actividad aseguradora

<http://www.iaisweb.org>

Banco de Compensaciones Internacionales

<http://www.bis.org/>

Bepress Legal Repository

<http://law.bepress.com/>

Carnegie Endowment for International Peace

<http://www.carnegieendowment.org>

Centro Internacional de Diferencias Relativas a Inversiones

<https://icsid.worldbank.org>

Club de Paris

www.clubdeparis.org

Corte Internacional de Arbitraje de la CCI

<http://www.iccwbo.org>

Corte Internacional de Justicia

<http://www.icj-cij.org/homepage/>

Cravath Swaine & Moore LLP

<http://www.Cravath.com>

Enciclopedia Británica

<http://www.search.eb.com>

Erik Castrén Institute of International Law and Human Rights

<http://www.helsinki.fi/eci/>

Federal Deposit Insurance Corporation

<http://www.fdic.gov>

Foro Económico Mundial

<http://www.weforum.org>

Foro Social Mundial

<http://www.forumsocialmundial.org.br>

Global Development and Environment Institute at Tufts University

<http://www.ase.tufts.edu/gdae/>

Institute for International Law and Justice

<http://www.iilj.org>

International Institute for Sustainable Development

<http://www.iisd.org>

International Bar Association

<http://www.ibanet.org>

Organización Internacional de Supervisores de Valores

<http://www.iosco.org>

OCDE

<http://www.oecd.org>

Oxfam

<http://www.oxfam.org>

Overseas Development Institute

<http://www.odi.org.uk>

Procuraduría del Tesoro de la Nación

<http://www.ptn.gov.ar>

Programa *doing business* del Banco Mundial

<http://www.doingbusiness.org>

Real Academia de la lengua española

<http://www.rae.es>

Repositorio de revistas culturales de la Unión Europea

<http://www.eurozine.com>

Social Science Research Network

<http://www.ssrn.com>

Tesis doctorals en xarxa

<http://www.tdx.cat>

The Economist

<http://www.economist.com>

The New York Times

<http://www.nytimes.com>

UNCTAD

<http://unctad.org>

UNIDROIT

<http://www.unidroit.org>

University of North Texas Digital Library

<http://digital.library.unt.edu>

Laudos arbitrales CIADI consultados

Actores	Registro
Metalclad vs. México	ARB(AF)/97/1
Feldman vs. México	ARB(AF)/99/1
Enron Corporation Ponderosa Assets vs. Argentina	ARB/01/3
CMS. vs. Argentina	ARB/01/8
LG&E vs. Argentina	ARB/02/1
Sempra vs. Argentina	ARB/02/16
AES vs. Argentina	ARB/02/17
Camuzzi vs. Argentina	ARB/03/2
Metalpar S. A. vs. Argentina	ARB/03/5
Camuzzi vs. Argentina	ARB/03/7
Continental vs. Argentina	ARB/03/9
Gas Natural vs. Argentina	ARB/03/10
Pioneer vs. Argentina	ARB/03/12
Pan American vs. Argentina	ARB/03/13
El Paso vs. Argentina	ARB/03/15
Suez, AGBAR & Interagua vs. Argentina	ARB/03/17

Aguas Cordobesas, Suez & AGBAR vs. Argentina	ARB/03/18
Suez, AGBAR & Vivendi vs. Argentina	ARB/03/19
Telefónica vs. Argentina	ARB/03/20
Enersis vs. Argentina	ARB/03/21
EDF vs. Argentina	ARB/03/22
EDF vs. Argentina	ARB/03/23
Unysis vs. Argentina	ARB/03/27
Asurix vs. Argentina	ARB/03/30
Total vs. Argentina	ARB/04/1
Saur vs. Argentina	ARB/04/4
CIT Group vs Argentina	ARB/04/9
Wintershall vs Argentina	ARB/04/14
Mobil vs Argentina	ARB/04/16
France Telecom vs Argentina	ARB/04/18
	ARB/04/20
Daimler Financial Services vs Argentina	ARB/05/1
Compañía General de Electricidad vs Argentina	ARB/05/2
TSA Spectrum vs Argentina	ARB/05/5

Asset Recovery Trust vs Argentina	ARB/05/11
Abaclat y otros vs Argentina	ARB/07/5
Impregilo SpA vs Argentina	ARB/07/17
Urbaser Aguas Bilbao Vizcaya vs Argentina	ARB/07/26
Hochtieff vs Argentina	ARB/07/37
Giordano Alpi y otros	ARB/08/9
Impregilo SpA	ARB/08/14