

Máster en Globalización y Desarrollo

**Hegoa**

Instituto de Estudios sobre Desarrollo y Cooperación Internacional  
Nazioarteko Lankidetzta eta Garapenari Buruzko Ikasketa Institutua

Trabajo Fin de Máster

**El arbitraje inversor-estado:**  
El devenir jurídico de la nueva Lex Mercatoria

**Omaira Castellanos Cortés**

(Septiembre/2016)



Universidad del País Vasco  
Euskal Herriko Unibertsitatea

Tutor

Juan Hernández Zubizarreta

---

Hegoa. Trabajos Fin de Máster, nº 23

---

Hegoa  
[www.hegoa.ehu.es](http://www.hegoa.ehu.es)  
✉ [hegoa@ehu.es](mailto:hegoa@ehu.es)

UPV/EHU. Edificio Zubiria Etxea  
Avenida Lehendakari Agirre, 81  
48015 Bilbao  
Tel.: (34) 94 601 70 91 --- Fax.: (34) 94 601 70 40

UPV/EHU. Biblioteca del Campus de Álava.  
Nieves Cano, 33  
01006 Vitoria-Gasteiz  
Tfno. / Fax: (34) 945 01 42 87

UPV/EHU. Centro Carlos Santamaría.  
Plaza Elhuyar, 2  
20018 Donostia-San Sebastián  
Tfno.: (34) 943 01 74 64



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0/)  
Atribución-NoComercial-Compartirigual 3.0 Unported



A Omaira, Bernardo e Ilbar, gracias por su confianza  
A mis hermanos, por su apoyo  
A Andrés por su acompañamiento

A todas aquellas personas que con su lucha diaria llenan de esperanza el mundo.

# Tabla de Contenido

<b>1. INTRODUCCION .....</b>	<b>3</b>
Pregunta de investigación e hipótesis .....	4
Marco Teórico .....	5
Plan de la obra.....	9
<b>2. El Derecho Corporativo Global: la cobertura jurídica del Arbitraje de Inversiones .....</b>	<b>10</b>
2.1. Derecho Corporativo Global: La Nueva Lex Mercatoria .....	14
2.2. Las Corporaciones Transnacionales. ....	20
2.3. Derecho Corporativo Global y la Inversión Directa Extranjera (IDE): .....	26
<b>3. De la Diplomacia del Cañón al Arbitraje Internacional .....</b>	<b>32</b>
<b>4. Lecciones jurídicas para legitimar el Arbitraje de Inversiones.....</b>	<b>44</b>
<b>5. El lado oscuro de la fuerza y la Nueva Lex Mercatoria: el Arbitraje de Inversiones .....</b>	<b>52</b>
5.1. La naturaleza socio-política del arbitraje .....	53
5.2. Tratados y Acuerdos de Libre comercio e inversión .....	59
5.3. Los Tribunales de Arbitraje.....	67
5.4. Modificaciones o lavado de cara en el marco del TTIP al arbitraje inversor-Estado	70
5.5. Lucro, amenaza y criminalidad: casos prácticos de la industria del arbitraje inversor-Estado .....	74
Caso DAMAC contra Egipto .....	77
Baterías Record contra El Salvador .....	78
Century Bank- Indonesia .....	80

Clayton/Bilcon contra Canadá .....	81
Vettenfall contra Alemania .....	82
Crisis como oportunidad: el caso España.....	83
<b>6. CONCLUSIONES .....</b>	<b>86</b>
<b>El derecho desde arriba.....</b>	<b>86</b>
<b>El derecho desde abajo .....</b>	<b>88</b>
<b>7. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>93</b>

# 1. INTRODUCCION

El presente trabajo del fin de máster versa sobre el arbitraje internacional de solución de diferencias entre el Estado y el Inversor Extranjero (*Investor-state dispute settlement*, en inglés), un tema de relevancia por las implicaciones profundas sobre la soberanía nacional, la política estatal, la vida y supervivencia de la ciudadanía y los ecosistemas. Este fenómeno en principio parece enmarcarse en una ambivalencia entre el derecho internacional público y el derecho internacional privado pero como se verá, la propia temática supera los debates que puedan surgir en la tradición jurídica, trasladándose a ámbitos tan diversos como la historia, la economía y la ciencia política. Estamos ante una institución procesal internacional que por su propia fuerza ha venido diseñando la política global y la política estatal pocas veces imaginadas en la edificación del mundo westfaliano.

El arbitraje, en general, en las últimas décadas ha sido promocionado (y así era presentado en las facultades de derecho en Colombia) como una herramienta innovadora para la descongestión de los tribunales estatales. En el marco de los llamados mecanismos alternativos de solución de controversias, el arbitraje fue vendido al interior del aparato procesal doméstico como una justicia de la eficiencia frente a una justicia ineficiente, tanto como lo era todo aquello que hacía el Estado en la década de los noventa. En las universidades de Colombia, -donde tuve el primer acercamiento al tema- llegaron recursos del Banco Mundial para formar y promover la promoción y enseñanza en este ámbito por medio de diversos programas. En palabras sencillas, los mecanismos alternativos de resolución de conflictos al saltarse el aparato judicial o convertirse en un mecanismo previo, se le etiquetaba como la única solución a la debilidad institucional judicial, problema central que había sido señalado por el premio nobel de economía, Douglas North en 1993. Durante las décadas del noventa y del dos mil, el discurso del Estado ineficaz cayó sobre el aparato judicial. Los técnicos del neoliberalismo señalaron que la corrupción, la pesada burocracia y la incapacidad de funcionarios anquilosados habían llevado a la justicia a una inmovilidad e incapacidad que hacía que los promotores del desarrollo se alejaran de los países “subdesarrollados” porque no tenía una garantía judicial para sus inversiones. Fue allí donde la noción de seguridad se convirtió en mi país en una categoría determinante para construir el relato

del progreso: seguridad para la inversión, seguridad militar, seguridad jurídica. Sin seguridad no habría desarrollo y modernización. Esta narrativa fue preeminente en la política de nuestros países latinoamericanos hasta niveles insospechados que terminaron por transformar el Estado keynesiano a el Estado neoliberal. Sin embargo, la implementación de “soluciones” neoliberales en la justicia no se conformaba con transformar el aparato estatal liberal, ya se venía acelerando la implementación de un sistema jurídico y judicial capaz de superar el Estado-nacional e imponerse por encima de éste.

El capital transnacional no se quedaría a esperar la transformación del Estado-nacional, motivaron la formación de la *Nueva Lex Mercatoria* para que las normas fueran desterritorializada y se encargaran de resolver por encima de los Estados los problemas que se generan cuando los negocios se encuentran con insospechadas variables de la realidad política, jurídica, social y cultural en cada territorio. Dicha nueva doctrina jurídica neoliberal llevó a la práctica una nueva forma de concebir el derecho en sus aspectos sustantivos y procesales. La creación, evolución y desarrollo de dicha doctrina jurídica y en particular, de una de sus instituciones más significativas, el arbitraje internacional, será el tema que se desarrollará a continuación. Particularmente, lo trataré desde una visión crítica, postura que en aspecto del arbitraje internacional, es poco recurrente, según la literatura académica consultada.

Voy a mostrar al lector el planteamiento de la investigación, la metodología, hipótesis y preguntas que motivaron el desarrollo de este trabajo. Esta presentación es apasionante porque suele preceder el resultado del trabajo, son las intuiciones de lecturas preliminares, análisis propios, retroalimentaciones con el tutor y profesores pero sin que exista un desarrollo investigativo real. Consiste en mostrar la evolución académica y sobre todo, evaluar el proceso de trabajo realizado.

### **Pregunta de investigación e hipótesis**

La presente investigación se planteó si el mecanismo de solución de controversias Inversor-Estado ¿es una figura jurídica destinada a proteger jurídicamente los negocios de agentes internacionales, o, es la emergencia de un nuevo andamiaje jurídico capaz de



condicionar los derechos humanos, sociales, ambientales y las políticas públicas de estados democráticos a nivel internacional?

La **hipótesis principal** que anima el presente trabajo declara que las crecientes demandas en el arbitraje internacional para solventar los problemas contractuales entre los Estados y los inversores extranjeros venía superando la soberanía de los Estados, delegaba a la ciudadanía el pago de pesadas indemnizaciones y desconocía los derechos humanos fundamentales. Las **hipótesis secundarias** afirman que: **a)** asistimos a la creación y consolidación de una “*jurisdicción*” supranacional, anacional y para estatal especial para los inversores. Considerando que el papel principal de este fuero es el aseguramiento de los intereses de las trasnacionales y la eliminación de riesgos inherentes a los negocios de inversión; **b)** El arbitraje internacional es una nueva jurisdicción supranacional, anacional y paraestatal que permite a las Empresas trasnacionales escapan de los controles judiciales nacionales instaurados por los Estados democráticos de la ciudadanía en detrimento de los derechos fundamentales, sociales y ambientales que subyacen en la legislación interna y el filosofía del derecho público a favor de los intereses inversores de las Empresas trasnacionales y; **c)** Los tribunales arbitrales se han convertido en una de las principales amenazas contra la soberanía de los Estados porque sus decisiones derivan en efectivas medidas económicas y políticas de presión que impiden la correcta gubernamentalidad y cuidado de los bienes materiales e inmateriales públicos de las naciones.

## **Marco Teórico**

La presente investigación se basa en posturas críticas sobre la globalización en sus aspectos generales y particulares. En su mirada más amplia, considera que el desarrollo de la economía producida por las clases “desde arriba” y sus instituciones han generado un margen considerable de desigualdad económica y social, crisis financieras, políticas y sociales globales que impactan negativamente a la mayoría de la población mundial. Toma la posición de Boaventura de Sousa Santos que interpreta dos tipos de globalizaciones<sup>1</sup>: la globalización desde arriba y la globalización desde abajo. La

---

<sup>1</sup> Rodríguez Garavito, César y Boaventura De Sousa, Santos, *Derecho y Globalización desde abajo*. Barcelona: Anthropos, 2007.

diferencia aunque amplia es importante porque desnaturaliza la idea de que la globalización es una categoría neutral y objetiva que describe una interacción intensa de actores y contenidos promovidos por la tecnología y las telecomunicaciones. La globalización toma en este enfoque una posición crítica y señala que “desde arriba” ha sido gestionada por el surgimiento de una clase capitalista transnacional que se desarrolla institucionalmente en las Empresas Transnacionales con las alianzas de actores hegemónicos del sistema mundial que reproducen y gestionan las políticas públicas, políticas económicas y culturales inspiradas en el neoliberalismo. La globalización “desde abajo” es aquella que busca enfrentar la implementación del proyecto neoliberal de maneras creativas, abarcando actores diversos como movimientos sociales, organizaciones populares, ONG, etc. Como se verá, el presente documento muestra la globalización desde arriba pero alejándose de sus aspectos celebratorios, y asume una posición crítica de la globalización epistémica desde abajo, para mostrar las formas en que los diseños del poder se convierten en prácticas de dominación.

El segunda aspecto de la posición general se relaciona con la postura del neoliberalismo. El neoliberalismo surge como una ideología económica y política, retomando los principios liberales del siglo XIX, en reacción severa al intervencionismo de Estado y contra del Estado de bienestar social, sus principales exponentes Milton Friedman y Friedrich August Von Hayek, en el plano político, sus primeros impulsores fueron Augusto Pinochet, Ronald Reagan y Margaret Thatcher quienes tras sus periodos de gobierno marcaron grandes transformaciones en el papel del Estado. Hayek, quien publicó en 1944 *The Road to Serfdom* (“La ruta hacia la servidumbre”)<sup>2</sup>, hace una fuerte oposición al Estado de bienestar de Europa de la pos guerra y al New Deal de los Estados Unidos al señalar que el *igualitarismo* destruía la libertad de la ciudadanía y la competencia de la cual dependía la prosperidad de todos<sup>3</sup>. El neoliberalismo “*denuncia el engaño y autoritarismo de los derechos sociales y de las funciones redistributivas del*

---

<sup>2</sup> Martínez, Botero. Juan C. Educación Superior en Colombia: Una crítica al Neoliberalismo. Manizales Centro de investigaciones sociojuridicas Universidad de Caldas, 2011. p. 30 ss.

<sup>3</sup> Steger, Manfred B. y Roy , Ravi. Neoliberalismo. Una breve introducción. Madrid Alianza Editorial, 2011. p 15- 42

*Estado*” con lo cual se afirma que la justicia social es, un “*espejismo*”, que representa “*el camino a la servidumbre*”<sup>4</sup>.

El neoliberalismo tiene en cuenta las diversas manifestaciones que se encuentran entrelazadas:

1. Neoliberalismo como ideología
2. Neoliberalismo como forma de gobierno
3. Neoliberalismo como paquete de medidas económicas<sup>5</sup>.

En América Latina, desde comienzos de la década de los ochenta, el consenso de Washington tuvo notable preponderancia en el diseño de las políticas públicas del sur del continente, si bien se afirma que el Fondo Monetario Internacional FMI y el Banco Mundial, no ejercieron presión sobre los distintos gobiernos, lo cierto es que estas instituciones vinculaban las garantías de préstamos concedidos con “programas de ajuste estructural” por los cuales estos últimos se comprometían a reestructurar sus economías de conformidad con los principios neoliberales apadrinados por estas instituciones.

En sus aspectos particulares me he centrado en la postura de Juan Hernández sobre la conformación de un nuevo paradigma jurídico global neoliberal que denomina *La Nueva Lex Mercatoria* como el nuevo Derecho Corporativo Global que es el andamiaje jurídico-político “con el que se proporciona seguridad jurídica a las operaciones de las grandes corporaciones, al mismo tiempo que se dejan sus obligaciones sociales, laborales y ambientales en manos de la buena voluntad empresarial y la <<ética de los negocios>>”<sup>6</sup>. El trabajo de Juan Hernández permite enmarcar el contexto jurídico de la globalización en un aspecto muy particular donde encontramos los intereses del capital

---

<sup>4</sup> Rodríguez, Cesar y Uprimny, Rodrigo. ¿Justicia para Todos o Seguridad para el Mercado? El Neoliberalismo y la Reforma Judicial en América Latina. EN: Restrepo, Darío (ed.): *La Falacia Neoliberal*. Bogotá, Ediciones Antropos, 2003. p. 417. Citado en: Martínez, Botero. Juan C. Educación Superior en Colombia: Una crítica al Neoliberalismo. Manizales Centro de investigaciones sociojuridicas Universidad de Caldas, 2011. p. 30 ss.

<sup>5</sup> Steger, Manfred B. y Roy, Ravi. *Neoliberalismo*, p. 47

<sup>6</sup> Hernández Zubizarreta, Juan y Pedro Ramiro. *Contra la Lex Mercatoria. Propuestas y alternativas para dismantelar el poder de las empresas transnacionales*. Barcelona: Icara. Más Madera., p. 9.

transnacional y los mecanismos jurídicos que garantizan u ofrecen seguridad a la inversión de las Empresas Transnacionales. En realidad, la postura de Hernández permite centrarnos en diseños precisos sobre las cuales se crea, desarrolla y consolida el andamiaje sustantivo y procesal del neoliberalismo. A partir de entonces, el trabajo final de master, se concentra en desarrollar el arbitraje internacional de controversias Inversor-Estado y los principales tratados jurídicos internacionales que los Estados firman para que de manera “vinculante” se cree una jurisdicción que trata los asuntos problemáticos del capital transnacional.

Finalmente, sobre el arbitraje internacional me he basado en autores que por su postura crítica develan aspectos problemáticos de “la industria arbitral”, como se verá reseñado a lo largo de este trabajo. En corto, puedo reseñar que el arbitraje y su contexto (bufetes de abogados, asesores, árbitros, ministros de exteriores, etc.) se pliegan a un sinnúmero de variables que favorecen los negocios de los inversores extranjeros y fortalecen un grupo social de élite que cada día promueve dicha institución como la seguridad jurídica del capitalismo global.

## **Metodología**

El presente estudio fue desarrollado desde la investigación cualitativa debido a su naturaleza que tiene como objetivo describir, analizar e interpretar el fenómeno jurídico-político, del arbitraje de inversiones. En términos generales este documento trabajó en tres direcciones metodológicas

1. Método Histórico-Descriptivo: para proporcionar los elementos necesarios que contextualizan, delimitan y definen el fenómeno de investigación señalado. Recopilando datos documentales que sirven para reconstruir un escenario jurídico-político del sistema de arbitraje internacional inversor-Estado.
2. Método Hermenéutico: Como método para la construcción de modelos que toman en cuenta la producción subjetiva (Tratados de libre comercio, laudos arbitrales, textos, artículos) en dialogo con las diferentes variables económicas, políticas y sociales determinantes en la producción histórica y dinámica del fenómeno.

3. Método Crítico: El método crítico que usaremos se basa en el análisis histórico-documental y del pensamiento crítico para develar las principales relaciones de poder que se produce al interior del fenómeno trabajado.

## **Plan de la obra**

Este documento está diseñado fenomenológicamente como una pirámide invertida. Inicia tratado aspectos generales de la globalización y la *Nueva Lex Mercatoria*, sus actores y la inversión extranjera directa como el principal eje del arbitraje de inversiones. Este primer capítulo tiene como objetivo ubicar al lector en un debate más amplio ya que, el arbitraje internacional es una institución dentro del gran andamiaje jurídico global del neoliberalismo.

El capítulo siguiente (3ero) es de carácter histórico. Plantea una hipótesis importante porque describe una evolución que va desde una forma de garantizar los negocios de las Empresas Transnacionales con una forma más violenta y directa denominada “la diplomacia del Cañón” que conlleva a una manera refinada del poder llamada “Arbitraje de inversiones”. En este capítulo se verán las principales contradicciones históricas que muestran la evolución de los mecanismos de sujeción globales que favorecen al capital transnacional.

El capítulo 4 muestra la justificación que la doctrina jurídica da a la Lex Mercatoria, particularmente, a su mecanismo jurídico de Arbitraje de Inversiones. En este capítulo se verá la forma en que los doctrinantes buscan en la teoría del derecho dar una cobertura a una institución que tiene problemas para legitimarse por sí misma debido a que desborda los principios del derecho estatal. Para ello, los juristas buscan desmarcarse del derecho formado por el poder constituyente para ubicarla en el “derecho práctico” pero sin tener en cuenta el volumen jurídico que garantiza los derechos de la ciudadanía.

En el capítulo 5 entro en la profundización del Arbitraje de inversiones observando los aspectos particulares y determinantes que dan sentido a su existencia y desarrollo. Es el capítulo más amplio porque es necesario caer en su naturaleza sociojurídica, en los

textos jurídicos internacionales que le dan vida, en el funcionamiento de los tribunales arbitrales y en algunos casos que sirven para ejemplificar los riesgos y peligros de la industria del arbitraje inversor-Estado.

Espero que el conjunto de estos capítulos sean una referencia académica, y por sobre todo, un trabajo que aporte a los debates jurídico-políticos de la globalización desde arriba y dote de herramientas y argumentos a los que enfrentan la globalización desde abajo.

## **2. El Derecho Corporativo Global<sup>7</sup>: la cobertura jurídica del Arbitraje de Inversiones**

El *arbitraje internacional de inversiones* es considerado para el presente trabajo como una *institución supranacional para la protección jurídica del capital* que se ha convertido en uno de los fenómenos más sobresalientes y controvertidos de la globalización y el capitalismo desde la segunda mitad del siglo XX. Sobresaliente porque su uso es cada vez más creciente, instalándose como una forma “naturalizada”, “rápida” y “eficiente” de resolver las controversias entre las corporaciones transnacionales (inversores) y los Estados receptores de la inversión. Controvertido porque son asuntos que versan al final de cuentas sobre cifras astronómicas que asume la ciudadanía por medio de la sanción del Estado, y compromete temas tan diversos e impactantes como el empleo, el medio ambiente, el bienestar y la supervivencia de las poblaciones, los territorios y la estabilidad política.

---

<sup>7</sup> Se toma el concepto referido por el profesor Juan Hernández sobre la conformación de un nuevo paradigma jurídico global neoliberal que denomina *La Nueva Lex Mercatoria* como el nuevo Derecho Corporativo Global que es el andamiaje jurídico-político “con el que se proporciona seguridad jurídica a las operaciones de las grandes corporaciones, al mismo tiempo que se dejan sus obligaciones sociales, laborales y ambientales en manos de la buena voluntad empresarial y la <<ética de los negocios>>”. El trabajo de Juan Hernández permite enmarcar el contexto jurídico de la globalización en un aspecto muy particular donde encontramos los intereses del capital transnacional y los mecanismos jurídicos que garantizan u ofrecen seguridad a la inversión de las Empresas Transnacionales.

Algunos de los trabajos más sobresalientes sobre el *arbitraje internacional de inversiones* se han caracterizado por analizar el arbitraje desde el propio derecho internacional sin tomar en cuenta el contexto que le llevó a erigirse como uno de las más refinadas herramientas jurídicas de dominación global. En el presente capítulo contextualizaremos al lector sobre los aspectos económicos, políticos y jurídicos que dan forma a dicho fenómeno.

El arbitraje internacional de inversiones es parte sustancial y procedimental del llamado derecho corporativo global o *Nueva Lex mercatoria*, que se ha venido consolidando décadas atrás desde una gramática jurídico-político comercial y privada inspirada por una minoría de abogados de élite y altos empresarios pero con implicaciones directas sobre asuntos que afectan a importantes mayorías del planeta y sus sistemas ambientales, económicos y políticos. Nos encontramos ante la cada vez más impositiva fuerza que pugna por establecer definitivamente una arquitectura global para favorecer los intereses particulares de corporaciones transnacionales y Estados poderosos.

Los antecedentes más recientes del *arbitraje internacional de inversiones* podemos ubicarlos en la configuración mundial posterior a la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, basta señalar como lo veremos más adelante, que desde principios del siglo XX hay un desarrollo de presión de los Estados poderosos para defender la inversión de sus empresas transnacionales. Estamos ante al surgimiento de Estados Unidos como la principal potencia mundial hegemónica en términos geopolíticos y económicos. A partir de entonces, surgiría un programa de organización y dinámica mundial hegemónica que el presidente Harry Truman llamó “desarrollo”<sup>8</sup>. El desarrollo tuvo la fuerza de convertir la historia en programa, donde el modo industrial, que solamente era una forma de producción, se instaló como el único y determinante de/para la humanidad y su “evolución” como proyecto mundial. En adelante, el proyecto norteamericano consistió en desarrollar el planeta tanto en las regiones de posguerra, Europa y Asia, principalmente Alemania y Japón, señalado por Yanis Varoufakis como *El Plan*

---

<sup>8</sup> Esteva, Gustavo. “Desarrollo” en *W. SACHS Diccionario del desarrollo. Una guía del conocimiento como poder*, (editor), PRATEC, Perú, (primera edición en inglés en 1992) (1996).

*Global*<sup>9</sup> así como los “países subdesarrollados” –según el presidente Truman- postura que después se revelaría más ambiciosa cuando crecía la disputa con el bloque socialista<sup>10</sup>. El mismo Yanis Varoufakis señala que, tras la Segunda Guerra Mundial, los Estados Unidos se consolidaron como la más grande potencia acreedora mundial, lograron imponer al dólar como moneda global y establecieron un centro financiero para los intercambios comerciales, el conocido Wall Street<sup>11</sup>. Junto a ello, tendríamos uno de los actores más relevantes, la punta de lanza del proyecto histórico del “desarrollo”: las Corporaciones Transnacionales, al que muchos señalan como “la lógica evolución de la empresa nacional norteamericana”<sup>12</sup>.

Con el marco civilizatorio del “desarrollo” y la política económica desarrollista norteamericana, sus empresas obtuvieron el estímulo y la protección (económica y también militar) para crecer y expandir las fronteras de sus negocios a otros países. El discurso del desarrollo se tradujo en el modelo corporativo norteamericano y en la implantación de dicha referencia económica por medio de la inversión extranjera en países subdesarrollados. La tesis era sencilla –aunque ocultara sus polémicas consecuencias- : las empresas transnacionales trasladan a otros países capitales en forma de inversiones, llevan conocimiento y tecnología, instalan infraestructuras, generan empleos, desarrollan a los países, activan la economía y reducen la pobreza. Para que esto fuera posible, los Estados deberían ofrecer marcos favorables y atractivos para que dichas empresas invirtieran en sus territorios. Las empresas crecieron, algunos países también (al menos en PIB), pero el cuento rosa del desarrollo pronto demostró su incapacidad de trasladar y distribuir la riqueza entre las mayorías de poblaciones.

---

<sup>9</sup> El Plan Global, que posteriormente fracasaría y daría paso al Minotauro Global –según Varoufakis- que tuvo como destino la dirección política y económica del mundo descrita de la siguiente manera: “los Estados Unidos exportarían bienes y capital a Europa y Japón a cambio de inversiones directas y clientelismo político, una hegemonía basada en la financiación directa de centros capitalistas extranjeros a cambio de un excedente comercial americano para ellos” Varoufakis, Yanis. *El minotauro global. Estados Unidos, Europa y el futuro de la economía mundial*, Capitán Swing, Madrid (2012).

<sup>10</sup> Esteve, Gustavo. *Desarrollo*. Op cit.

<sup>11</sup> Varoufakis, Yanis. *El minotauro global...* op cit.

<sup>12</sup> Turner, Louis. *Las sociedades multinacionales: los imperios invisibles y el mundo moderno*. Doria, 1973.



Aun así, el beneficio de las mayorías no era el problema al que se enfrentaban las empresas transnacionales, principalmente porque no son organizaciones de caridad o solidaridad, son empresas para el lucro y por tanto, su etiología es la defensa de los intereses corporativos. Intereses que se verían algunas veces enfrentados a controversias con Estados, o enfrentados a una legislación estatal evolucionada por largas décadas, por inestabilidades políticas provenientes de revueltas populares, por el ascenso de gobiernos progresistas, por protestas locales y bloqueos de su producción o por ambigüedades que podrían existir en las primeras de cambio del sistema internacional de posguerra.

Con el paso del tiempo, para las corporaciones transnacionales se convertiría en una prioridad desarrollar una nueva versión del derecho que superara las bases del derecho público internacional y del derecho privado internacional, ambas sustentadas por concepciones estatales y por tanto, de soberanía, control ciudadano, poder constituyente, poder constituido, bienes públicos, derechos fundamentales, etc., que suelen contraponerse a las directrices estratégicas de las inversiones corporativas.

Las corporaciones transnacionales, así como sus abogados o diferentes académicos afines al relato desarrollista han sostenido que las dinámicas de la globalización han traído nuevos retos para el derecho internacional que deben ser abordados inmediatamente a favor de la protección legal y procedimental de las inversiones extranjeras que son el motor de sociedad moderna y global. Para sustentar sus argumentos buscan relacionar dos aspectos aparentemente contradictorias: a la vez que reclaman los nuevos retos de la globalización, reafirman una cierta costumbre contemporánea proveniente del ambiente comercial que debería alimentar el nuevo derecho global.

¿En qué consiste el derecho global reclamado por las corporaciones? ¿por qué algunos autores habla de la *Nueva Lex Mercatoria* o del derecho neofeudal? ¿cuáles son las relaciones de poder intrínsecas en la producción de la gramática jurídica global corporativa? ¿cuáles son las principales características de las Corporaciones Transnacionales y por qué son actores determinantes en la creación del derecho global? ¿cuál es el papel de Estado en la formación del derecho global que en apariencia busca

desnaturalizar las bases de la soberanía moderna? y sobre todo ¿por qué mientras hay una fuerza legitimadora de este nuevo derecho global hay una fuerte oposición proveniente de sectores sociales, políticos y académicos críticos? más aún ¿cuáles son los riesgos globales y locales que están inmersos en un aspecto aparentemente técnico como es el caso del derecho, los tratados de libre comercio o los tribunales de arbitraje?

## **2.1. Derecho Corporativo Global: La Nueva Lex Mercatoria**

En una reciente publicación sobre *Lex Mercatoria*, Juan Hernández, afirmó que el nuevo Derecho Corporativo Global es el andamiaje jurídico-político “con el que se proporciona seguridad jurídica a las operaciones de las grandes corporaciones, al mismo tiempo que se dejan sus obligaciones sociales, laborales y ambientales en manos de la buena voluntad empresarial y la <<ética de los negocios>>”<sup>13</sup>. Las razones que existen detrás de esta afirmación son el principal objetivo de este apartado porque conectan directamente con la tesis principal planteada al principio de este documento. Para ello, presentaremos algunas posturas sobre la *Lex Mercatoria*, intentando evaluar o al menos, presentar posiciones diversas que nos permitan tener una mirada más compleja de dicho fenómeno.

En su conocido libro Klaus Peter Berger<sup>14</sup> recuerda que la doctrina de la *Nueva Lex Mercatoria* (NLM) quizás no hubiera llegado a existir sin la crisis del Canal de Suez de mediados de 1950. Un artículo publicado por Berthold Goldman, profesor de Derecho en la Universidad de Dijon, marcaría el renacimiento de la teoría de la Lex Mercatoria. El artículo publicado en 1956 trató sobre la nacionalidad de la Compañía del Canal de Suez. En su artículo Berthold Goldman calificó como persona jurídica de derecho privado a la compañía pero argumentó que no era ni egipcia, ni francesa, ni inglesa, y menos tenía una nacionalidad mixta. Señaló que por su particular estructura de capital como por los efectos globales de sus actividades económicas, era posible realizar un paralelo entre la compañía, el Bando Mundial y la Cruz Roja. Goldman caracterizó a la

---

<sup>13</sup> Hernández Zubizarreta, Juan y Pedro Ramiro. *Contra la Lex Mercatoria. Propuestas y alternativas para desmantelar el poder de las empresas transnacionales*. Barcelona: Icaria. p. 9.

<sup>14</sup> Berger, Klaus Peter. *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*. Austin/Boston/Chicago/New York: Kluwer Law International, 2010.

compañía como una sociedad internacional, directamente relevante en el orden jurídico internacional. Más tarde, en sus artículos, Goldman, dijo que la *Nueva Lex Mercatoria* era el efecto de ensamblaje entre principios generales del derecho y la progresiva y espontánea creación y regeneración institucional. Goldman argumentó que lo que caracteriza a este proceso es su separación y distancia de los sistemas legales nacionales escapando al reino de legisladores nacionales que están limitados por una jurisdicción territorial.

Para Goldman, la *Nueva Lex Mercatoria* es creada dentro y desde de la comunidad de mercaderes mientras desarrollan su actividades de comercio transfronterizo (las *societas mercatorum*). Berthold Goldman, defensor y promotor de la *Nueva Lex Mercatoria* la define como:

*un conjunto de principios generales y reglas consuetudinarias espontáneamente elaboradas sin referencia a un concreto sistema jurídico nacional, reglas provenientes de diversas fuentes que nutren constantemente las estructuras legales y la actividad específica de la colectividad de quienes operan en el comercio internacional*<sup>15</sup>.

Berthold Goldman habla de la *Nueva Lex Mercatoria* para diferenciarla de la existente en la Edad Media y la considera “nueva” porque regula las nuevas condiciones provenientes de la actividad transnacional. Lex Mercatoria era el nombre que recibió el derecho mercantil medieval mientras lo “nuevo” sería el ordenamiento jurídico especial regulador del comercio internacional. En el fondo, la toma de su noción tiene como objetivo mostrar que la actividad mercantil del pasado produjo espontáneamente un derecho autónomo y autoregulado por los comerciantes sin que los gobiernos tuvieran injerencia alguna. Esta forma de regulación entre actividades comerciales y entre comerciantes medievales que aceptaron dichas normas pretende ser emulado como reactualización del derecho internacional ahora promovido por las Corporaciones Transnacionales –los “comerciantes neomedievales” como excusa para evitar los tribunales nacionales y someterse a las legislaciones basadas en la soberanía del Estado moderno. Esta imitación pretende convertir a los antiguos jueces de los mercaderes (cónsules) en los modernos árbitros internacionales de inversiones, amparados en las

---

<sup>15</sup> Palabras provenientes de: B.Goldman: “La lex mercatoria dans les contrats” citado por Francisco López Ruiz, “Notas sobre la nueva *lex mercatoria*”, *Revista de Derecho del Mercado Financiero, Working Paper, 1, 2007, p. 4.*

costumbres comerciales. Sin embargo, como señala Silvana Grande, es necesario aclarar que:

*aquella lex mercatoria medieval se encuentra en la base de todo el derecho mercantil occidental. Su evolución y recepción en los distintos sistemas jurídicos no constituye el objeto central del debate sobre la moderna lex mercatoria*<sup>16</sup>.

Esta aclaración resulta pertinente, sobre todo, porque se pretende justificar, buscando en viejos rescoldos de la historia, la llama de una arquitectura global que se enfrenta a sus propios retos y fenómenos históricos muy diferentes de aquella Edad Media.

Tomando diferentes tradiciones y revisando las visiones sobre la *Nueva Lex Mercatoria*, Walter Cadena acota la definición de la siguiente manera:

*Podemos definir la nueva Lex Mercatoria como un conjunto de principios, reglas, usos e instituciones de derecho mercantil y comercial principalmente, que posee una vocación para ser utilizado como un derecho de clase, informal e internacional y regulado jurisdiccionalmente por el arbitraje internacional.*

*Su naturaleza jurídica se concibe como un conjunto histórico y actual de usos y prácticas comerciales consuetudinarias que mediante la aceptación coetánea de ciertas reglas de conducta por parte de los actores económicos internacionales, permite además de realizar diversas transacciones comerciales, resolver jurisdiccionalmente las controversias a través del arbitraje.*

*La nueva Lex Mercatoria se configura como un fenómeno de transnacionalización del Derecho Comercial Internacional, el cual excede la esfera estatal y se configura como un derecho de clase, autónomo e informal en cabeza de las empresas transnacionales y multinacionales*<sup>17</sup>.

La doctrina de la *Nueva Lex Mercatoria* pugna por establecer un derecho corporativo global que supere el derecho internacional público y privado. El principal argumento es que el clásico derecho internacional está instaurado sobre la realidad estatal-nacional, sus divisiones de poder, sus instituciones y por supuesto la soberanía. El estatocentrismo que se alega discute con la justicia nacional, la política nacional y la legislación nacional que le resulta incómoda o menos práctica para el desarrollo de la

---

<sup>16</sup> Grande Silvana, “La Lex mercatoria en los laudos de la Cámara de Comercio Internacional”. *Dikaion*, Año 22, Num, 17, 199-244. Chía, Colombia, Diciembre de 2008. P., 202.

<sup>17</sup> Cadena Afanador, Walter René, “Impacto en Colombia de la Lex Mercatoria”, *Revista Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas*, vol. 7, núm. 12, enero-junio, 2007, pp. 1-21, Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.

actividad transnacional de sus intereses corporativos. Particularmente, se presenta el caso de disputas en países donde han invertido. Estas disputas pueden ser atendidas por jueces que –como es lógico- basados en principios constitucionales y legales deberían defender lo público y los derechos fundamentales, pero podría ir en detrimento del interés de la corporación transnacional. Esto no quiere decir que gran parte de los Estados no hayan sido política, legal y judicialmente favorables a los intereses de las corporaciones sino que se pretende actuar –aún más– con la eliminación de todos los controles posibles del orden jurídico nacional e internacional. En palabras coloquiales: un derecho hecho a la medida de los intereses corporativos.

Es necesario establecer que la *Nueva Lex Mercatoria* busca dar cuerpo a una estructura jurídica global que históricamente ha sido respaldada por muchos Estados, principalmente, aquellos de donde proviene la casa matriz de las corporaciones transnacionales. Este no es un asunto absolutamente nuevo, la *Compañía Británicas de las Indias Orientales* formada en 1599 contó con el apoyo y protección gubernamental para que desarrollara sus actividades comerciales ligados a los procesos de colonización durante varios siglos.

Con la formación de la “sociedad internacional”<sup>18</sup>, como señala Charles Lipson, la propiedad, posesiones y los contratos de empresas en el extranjero siempre estuvieron llenos de riesgos, pero frente a ellos, sus Estados y gobiernos estuvieron prestos a forjar un sistema jurídico que los favoreciera y protegiera:

*A mediados del siglo XIX cuando la inversión extranjera comienza a incrementarse drásticamente, los derechos de propiedad internacional fueron establecidos en Europa, codificados como Derecho Internacional e impuestos como bases globales desde China hasta Latinoamérica. La idea central fue que, al menos, todas las propiedades extranjeras debían concedérseles algún internacionalmente aprobado umbral mínimo de tratamiento. Con el conocimiento de estas normas, los inversores podrían entonces evaluar los distintos riesgos comerciales y decidir por sí mismos si comprar bonos extranjeros o construir un ferrocarril en algún lugar remoto. Mediante el*

---

<sup>18</sup> Usualmente se habla del *Tratado de Westfalia* de 1648 como el punto histórico fundador de la sociedad de estados modernos pero basta señalar, que se trata de un proceso diplomático de seguridad intraeuropea. Con la independencia en América del Imperio Español a principios del siglo XIX se nutre cada vez más esta visión de una sociedad interestatal, la cual, se completó con la descolonización de Asia y África en el siglo XX. A pesar de todos los cuestionamientos de este relato oficial, es cierto que dicha narrativa ha servido para poner explicar el cambio de la soberanía política de los imperios al imperialismo y posible a una nueva forma imperial –en tesis de Negri- o a un tipo de imperialismo sostenido –en la tesis de James Petras.

*establecimiento de este código de conducta mínimo y la promoción de expectativas estables sobre las futuras interacciones, las leyes internacionales y las normas de propiedad sirvieron para facilitar las transacciones sociales. Ciertamente, sirvieron como "forjadores y capacitadores" de los flujos internacionales de capital*<sup>19</sup>.

La *Nueva Lex Mercatoria* o Derecho Global Corporativo pretende transformar el orden jurídico internacional –que aunque les ha sido favorable- por un derecho basado, como reclama Boaventura de Sousa Santos, “en relaciones contractuales diseñadas por sociedades mercantiles transnacionales y por sus abogados, así como por bancos y organizaciones internacionales por unas y otras respectivamente”<sup>20</sup>, pero que terminan decidiendo sobre asuntos que comprometen a poblaciones, sus economías, la estabilidad política y ambiental debido a los grandes pleitos que implican las inversiones extranjeras.

Es evidente que al tratarse de un tema jurídico se busque sustentar su nacimiento y consolidación normativa con fuentes del derecho, las cuales, en este caso son efímeras, particulares y a favor del interés privado aunque pongan en juego el interés público y común. Para ello, han querido convertir al Derecho Corporativo Global en un concepto técnico y formalista, y para ello han centrado su fundamento en el propio contrato realizado entre las partes. Esta dicotomía la presenta Sousa Santos como el debate entre lo Contractual y lo Extracontractual. En el campo contractual encontramos fuentes descontextualizadas de la realidad social, económica y política. Estas fuentes, por ejemplo, serían el uso y la costumbre, principalmente la voluntad de realizar contratos, los modelos o contratos tipos usualmente usados, los códigos de conducta –que son sugerencias de conducta- y el arbitraje internacional, como lo recuerda Walter Cadena: “el arbitraje es la principal institución que permite a las partes involucradas en una controversia, eludir la vía judicial, sometiendo la resolución de aquélla a un tercero, árbitro, o a un organismo determinado que se encargue del nombramiento del mismo”<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Lipson, Charles. *Standing Guard: Protecting Foreign Capital in the Nineteenth and Twentieth Centuries*. Los Angeles: University of California Press, 1985, p. 4.

<sup>20</sup> Santos, Boaventura de Sousa. *Sociología jurídica crítica: Para un nuevo sentido común en el derecho*. En Clave del Sur. Bogotá: ILSA, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 2009, p. 308.

<sup>21</sup> Cadena Afanador, “Impacto en Colombia Op. cit, p. 6.

¿Quiénes son aquellos que forjan aquella “costumbre” y “cultura jurídica” global que genera la *Nueva Lex Mercatoria*? Despachos de abogados norteamericanos y/o europeos especializados en derecho mercantil que no solamente proyectan globalmente una tecnología jurídica adecuada para las corporaciones transnacionales sino actores al servicio de actores transnacionales que definen y moldean la economía, la política y la cultura del mundo a favor de intereses privados. Pocas veces podríamos reconocer una fuente del derecho global tan exclusiva y particular proveniente de algunas oficinas de Manhattan. De allí que concluya Boaventura de Sousa Santos diciendo:

*la idea de que se está formando una cultura jurídica global debe ser, por tanto, rechazada, particularmente si se concibe como el tipo ideal de cultura del gran actor económico transnacional que recibe la asesoría de los bancos internacionales y de grandes oficinas de abogados que utilizan un lenguaje de negocios cuasi universal y que soluciona cualquier conflicto acerca de los intereses antes que sobre valores, los puntos de vista sobre el mundo o las normas sociales<sup>22</sup>.*

Con el propósito de sostenerse dentro de una gramática interna formalista, la *Nueva Lex Mercatoria*, llamada por los franceses como Derecho Anacional o sistema jurídico anacional, persigue desde todo punto de vista eliminar cualquier discusión extracontractual con el propósito de no enfrentarse a discusiones doctrinales sobre valores, normas y fuentes clásicas del derecho moderno o verse en situaciones políticas, control ciudadano o tribunales nacionales que en determinado caso pondrían entre dicho el contrato, fuente de su derecho corporativo global.

La noción del contrato que busca eliminar cualquier otro actor o control fuera de las partes signatarias ha tomado forma en un “núcleo duro de la *Nueva Lex Mercatoria*” como lo reseña Juan Hernández. Este “núcleo duro” son los contratos de explotación y comercialización, Tratados Comerciales Bilaterales o regionales como es el caso de los Tratado de Libre Comercio (entre dos actores) o por ejemplo el *North American Free Trade Agreement* (NAFTA, 1994) del orden regional firmado por Estados Unidos, México y Canadá. Igualmente, los Acuerdos de protección de Inversiones (conocidos algunas veces como *Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones*,

---

<sup>22</sup> Santos, Boaventura *Sociología...* Op Cit. P. 312.

APPRI(s), las políticas de ajustes y préstamos condicionados, normas y disposiciones multilaterales y laudos arbitrales<sup>23</sup>, este último tema de nuestro trabajo.

En el fondo, los actores económicos transnacionales buscan un blindaje jurídico que amparado en el formalismo del contrato les proteja de cualquier contingencia nacional. El problema es que no estamos ante cualquier actor, sino ante un actor con un poder económico superior a muchos países del mundo, con capacidad de influencia a nivel nacional e internacional prácticamente ilimitada, respaldado por las grandes potencias mundiales y con la capacidad de interferir políticamente en cualquier país del planeta, en cualquier realidad y de formas legales e ilegales como muchas veces ha sido denunciado. De allí que no será posible avanzar a nuestro tema principal sin responder a una pregunta básica ¿quiénes son las corporaciones transnacionales? ¿cuál es el rol que desempeñan en la configuración del orden global? Y ¿cuáles son las consecuencias, riesgos y alertas de su actividad global?

## **2.2. Las Corporaciones Transnacionales.**

En un libro publicado en 1973 en Londres, Louis Turner expresaba:

*La empresa multinacional constituye la única institución lo suficientemente poderosa como para tomar decisiones rápidas y eficaces a escala mundial. Cada vez con mayor facilidad, los cuarteles generales de las empresas coordinan y controlan las decisiones de filiales esparcidas por todo el globo. Pero no siempre esto ha sido así.*

*En los primeros días, una empresa ambiciosa podía muy bien establecer filiales esparcidas en el extranjero, pero las distancias exigían que cada planta subordinada operase de modo más o menos independiente<sup>24</sup>.*

En las palabras de Louis Turner podemos determinar al menos dos aspectos principales que definen a las corporaciones transnacionales: la centralidad y jerarquía del mando y el control de sus filiales alrededor del mundo bajo su autoridad.

---

<sup>23</sup> Hernández Juan. *Contra la lex mercatoria... Op. Cit* P. 21.

<sup>24</sup> Turner. *Las sociedades multinacionales, Op. Cit* p.21



Francisco Granell, profesor de la Universidad de Barcelona, en el año de 1974, presentaba una amplia radiografía sobre los esfuerzos hasta ahora realizados para comprender el fenómeno de este nuevo poderoso actor transnacional. Granell, al igual que Turner, reconocía que las corporaciones transnacionales se habían vuelto “el principal protagonista y motor de la inversión extranjera” desarrollando su actividad

*bajo una unidad mundial de gestión, tiene intereses y actúa en una pluralidad de países, acomodándose a las condiciones económicas, sociales y legales de cada uno de ellos con el fin de conseguir la maximización de sus beneficios y la mejor defensa de sus potencialidades a nivel nacional*<sup>25</sup>.

En efecto, el fenómeno que se pretendía descifrar en aquellos tiempos no era realmente nuevo. Para Louis Turner, se trató de un fenómeno que adoptará su particular naturaleza cuando las corporaciones transnacionales se ven beneficiadas por la “moderna tecnología de las comunicaciones” que hace posible que “el cuartel general de la compañía mantuviese un grado significativo de control sobre las filiales ultramarinas”<sup>26</sup>. Este mismo reconocimiento es hecho por Christopher Tugendhat ya en 1971 cuando escribía:

*Una dirección central de este tipo solo se ha hecho posible en las últimas dos décadas. Su efectividad depende de la posibilidad de viajes aéreos rápidos y seguros, la existencia de un sistema de teléfono, telégrafo y télex eficiente y la disponibilidad de ordenadores que sean capaces de manejar una gran cantidad de información. Antes, cuando los viajes transatlántico y transeuropeos duraban varios días y la mayor parte de las comunicaciones se hacían por carta, esto era imposible. Cada filial se establecía para cubrir un mercado local, no como un nudo de una red integrada*<sup>27</sup>.

Francisco Granell ya en 1974 señalaba una ausencia de consenso sobre la nominación de este sobresaliente actor internacional-transnacional. Recuerda Granell que tanto en Europa como en Norteamérica para referirse a dicho actor se le consideraba de diferente manera: “Unidades Multiterritoriales, Empresas Mundiales, Empresas plurinacionales, Empresas Transnacionales, Firms Internacionales, Corporaciones Multinacionales,

---

<sup>25</sup> Granell Trías, Francisco. *Las empresas multinacionales y el desarrollo*. Barcelona: Ariel Editorial, 1974, p. 79

<sup>26</sup> Turner. *Las sociedades multinacionales*, Op. Cit p.21

<sup>27</sup> Christopher Tugendhat, *Las empresas multinacionales*. Madrid: Alianza Editorial, 1979, p. 27.

Sociedades multinacionales o Empresas internacionales”<sup>28</sup>. Sin embargo, los rasgos distintivos de la corporación transnacional serán en nuestro caso: la estructura jurídica-económica (central, jerárquica y de derecho privado), su actividad económica y los impactos políticos, económicos, culturales y ambientales sobre poblaciones y territorios.

Debe reconocerse el trabajo de Stephen H. Hymer como una de las investigaciones pioneras sobre el fenómeno de la empresa transnacional pese a que su trabajo no saliera a la luz hasta 1976<sup>29</sup>. Hymer defendió en 1960 su tesis doctoral sobre *Las operaciones internacionales de las empresas nacionales: un estudio sobre las inversiones extranjeras directas* pero a pesar del respaldo de su director, el conocido Charles P. Kindleberger, el departamento de economía del MIT no le gustaron sus conclusiones y no apoyó su publicación. Stephen H. Hymer fue presentando en sus escritos una postura cada vez más crítica sobre la inversión extranjera y las corporaciones transnacionales y su creciente poder, eliminación de la competencia y el control de la producción mundial. El aporte teórico de Stephen H. Hymer es reconocido por John H. Dunning y Alan M. Rugman de la siguiente manera:

*El pensamiento conceptual de Hymer fue pionero al romper el molde árido del comercio internacional y la teoría de la inversión y centrar la atención en las Empresas Multinacionales. Esta postura permitió que nosotros tratemos a la Inversión Extranjera Directa (IED) como un mecanismo por el cual las Empresas Multinacionales mantienen el control sobre las actividades productivas fuera de sus fronteras nacionales. Desde este punto de vista, la IED es más que un proceso mediante el cual los bienes se intercambian a nivel internacional. La profundización de Hymer fue centrar la atención en la empresa multinacional como la institución internacional para la producción, en lugar del intercambio internacional.*

*Hasta que Hymer articula el proceso de la IED como una extensión internacional de la teoría de la organización industrial, no fue posible entender por qué las multinacionales transfieren productos intermedios tales como el conocimiento o la tecnología entre sus unidades a través de diferentes naciones al tiempo que conserva los derechos de propiedad sobre dichos activos<sup>30</sup>.*

---

<sup>28</sup> Granell. *Las empresas multinacionales*, Op. Cit p. 80

<sup>29</sup> La tesis doctoral de Hymer fue publicada póstumamente (1976), después de que su autor muriera en un accidente de automóvil en 1974.

<sup>30</sup> Dunning John H. and Alan M. Rugman, “The Influence of Hymer's Dissertation on the Theory of Foreign Direct Investment”, *The American Economic Review*, Vol. 75, No. 2, Papers and Proceedings of the Ninety-Seventh Annual Meeting of the American Economic Association (May, 1985), pp. 228-232, Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/1805601> p. 228.

Para Hymer, la estructura de las sociedades multinacionales define la naturaleza de su actividad económica mundial. Andrés Suárez Suárez trae a colación la interpretación de Hymer sobre tres niveles de actuación de las corporaciones transnacionales que son determinantes para la toma de decisiones a nivel mundial. El tercer nivel trata sobre la administración de las operaciones diarias, la cual, según Hymer se diseminan por todo el globo aprovechando la fuerza de trabajo, las materias primas y los mercados; el segundo nivel son los gerentes que coordinan al nivel tres, generalmente, por necesitar personal cualificado y sistemas de información y comunicación se encuentran en las grandes ciudades; y el primer nivel, es el cuartel general, los jefe de jefes, quienes fijan los objetivos, planifican y dirigen las decisiones y son los encargados de dar una línea de trabajo a todos los niveles, ubicándose en las ciudades más importantes del mundo, donde están los mercados de capitales, los bancos, los gobiernos y medios de comunicación más influyentes del planeta<sup>31</sup>.

Un aspecto que atrae poderosamente la atención es el poder económico de las corporaciones transnacionales. La relación entre la corporación y sus ganancias en relación con el Producto Interno Bruto de otros países es llamativa si tenemos en cuenta que dicha poder se traduce en poder político, social, militar y/o cultural. Las alertas no son menores. En 1972 de las 115 unidades económicas más poderosas del mundo 61 eran países y 53 eran empresas. Compañías como la General Motors (USA), percibía ganancias mayores que el Producto Interno Bruto (PIB) de países como Argentina, Bélgica, Suiza y Dinamarca. La petrolera Standard Oil (USA) y Ford Motor (USA) percibía en el mismo año ventas superiores al PIB de Rumania, Sudáfrica, Austria, Noruega, Turquía o Venezuela. El caso es parecido con otras Compañías como Royal Dutch/Shell (G.B.-Holl), General Electric (USA), Chrysler (USA), IBM (USA), Mobil (USA) o Texaco (USA)<sup>32</sup>. Pasadas las décadas la tendencia creció exponencialmente a

---

<sup>31</sup> Suárez Suárez, Andrés, *Capitalismo y multinacionales*. Madrid: Ediciones Pirámide, 2004.

<sup>32</sup> Granell. *Las empresas multinacionales, Op. Cit*

favor de las corporaciones transnacionales, así lo sostuvo en 2003 Arturo Van den Eynde<sup>33</sup>:

*Hay que quedarse con las 200 mayores empresas, por ejemplo, para lograr una imagen realista del sistema económico que gobierna la vida material de los seis mil millones de seres humanos que habitamos este planeta. Clairmont y Cavanagh tienen el mérito de haber señalado a los verdaderos amos del mundo, al revelar el poder real, concreto, físico, de los 200 mayores grupos transnacionales. La cifra de negocio anual de estos gigantes es nada menos que la cuarta parte (26,3%) de la producción mundial, crece a un ritmo doble de lo que crece el Producto Interior Bruto de los 29 países industrializados que integran la OCDE, y supera ya a la producción total sumada de los otros 182 países que no forman parte de la OCDE, pero donde vive la inmensa mayoría de la humanidad.*

Sostiene Hugo Cerda que para el año 2009, las 500 multinacionales más poderosas del mundo representaban el 52% del Producto Mundial Bruto, y que las ventas de la General Motors en 2010 superaban el PIB de Dinamarca y otros 200 países más<sup>34</sup>. Datos que son ratificados en múltiples estudios, artículos e informes que señalan en cada año la misma tendencia: las operaciones económicas de las corporaciones transnacionales crecen y sus ganancias son superiores al PIB de una gran mayoría de Estados.

Por último, debemos reseñar su aspecto jurídico. Las corporaciones transnacionales al tener una actividad que trasciende las fronteras, que se asientan en países diferentes a los suyos, que con el arbitraje internacional han llevado sus disputas por fuera de los tribunales nacionales y que han logrado desarrollar un gran poder económico y político mundial ¿cómo podríamos definir su estatus legal dentro del orden jurídico global?

¿Las corporaciones transnacionales son entidades con personería jurídica internacional o nacional? Este es el debate planteado por Alejandro Teitelbaum<sup>35</sup>. El autor plantea que por sus actividades transnacionales y por contratar con los Estados muchos han

---

<sup>33</sup> Arturo Van den Eynde, “El poder de las multinacionales”, *La Opinión Pública*, 2 de septiembre del 2003. Disponible en : <https://www.rebelion.org/hemeroteca/economia/030902eynde.htm> (Consultada el 14 de marzo de 2016)

<sup>34</sup> Gutiérrez, Cerda Hugo. *Mitos de la sociedad moderna: un negocio lucrativo*. Ecoe Ediciones, 2013.

<sup>35</sup> Teitelbaum, Alejandro. *La Armadura del capitalismo: El poder de las sociedades transnacionales en el mundo contemporáneo*. Barcelona: Icaria editorial, 2010.

sostenido que deberían ser recubiertas de una personería jurídica internacional. Afirmación que Teitelbaum rechaza de plano con varios argumentos. Primero va a poner de manifiesto un viejo debate moderno entre lo privado y lo público. El autor considera que no podemos perder de vista dicha postura porque bien diferente es que el Estado (sujeto de derecho público) está sustentado por la voluntad general derivado de un “contrato roussonian” mientras las entidades de derecho privado existen como una voluntad particular, reducida y otorgada por el Estado, sujeto principal del derecho internacional. En ese caso queda claro para Teitelbaum que las “sociedades transnacionales son, entonces, personas privadas con personalidad jurídica nacional”.

Ahora bien, Teitelbaum al referirse a la propuesta de otorgarle una personería jurídica internacional el autor presenta varias precisiones. Señala que si hablamos de una personalidad jurídica internacional debe quedar claro que es de carácter privada. Afirma además, que las corporaciones transnacionales pueden estar sometidas al derecho internacional como simples sujetos de derecho, sin que haga falta dotarles de personería jurídica internacional. Y finalmente, y quizás lo más contundente, es que no existe ningún organismo supranacional que pueda atribuir una personería jurídica internacional a una persona privada y menos, que pueda quitar una personería jurídica previamente atribuida.

En mi opinión, debe considerarse que las corporaciones transnacionales son actores que deben estar sujetas a algún tipo de control que velen por sus derechos pero fundamentalmente por sus obligaciones. Se ha señalado que son actores con poder económico superior a decenas de países del mundo, además de estar respaldados por sus países-matrices que son potencias militares, políticas y económicas mundiales. Hasta que no exista un sistema supranacional, no es posible que las corporaciones transnacionales estén por fuera del mandato del Estado o del derecho internacional. Un actor de este calibre, estemos de acuerdo o no con su actividad económica, no puede estar a la deriva y regido por sus propios valores (interés particular), costumbres (competencia) y usos (el contrato particular). No podemos pensar en ofrecerles un sistema donde ellos ponen las condiciones mientras con su actividad se juegan la vida del planeta en todos sus aspectos.

En el caso de generar un derecho global, este debe provenir de las fuerzas constituyentes globales, es decir, de las mayorías, de las naciones y pueblos, de las comunidades y ciudadanía, ni siquiera de los Estados. No debe ser admisible un derecho global construido por unas minorías acaudaladas. El derecho constitucional global debe venir desde abajo, el problema es que se está creando un poder constituido desde una fuerza constituyente desde arriba, minoritaria, de clase, de identidad racial y patriarcal que por su naturaleza solamente trabaja por sus propios intereses.

En breve, recogiendo esta sencilla pero importante caracterización de las corporaciones internacionales afirmamos que una *Corporación Transnacional* “es una empresa que tiene la propiedad, dirección y control de activos productivos en más de un país, bien sea en las fases de fabricación, comercialización o aprovisionamiento”<sup>36</sup>; desarrolla su actividad económica bajo un mando central ubicado en la casa matriz de un país, de personalidad jurídica privada, que trabaja para alcanzar sus intereses corporativos y que por su creciente e impactante actividad tiene determinantes impactos sobre el medio ambiente, las personas y la estabilidad económico-política de múltiples países.

### **2.3. Derecho Corporativo Global y la Inversión Directa Extranjera (IDE):**

La Inversión Extranjera Directa es la columna vertebral de la globalización.<sup>37</sup> Las corporaciones internacionales esperan que el arbitraje internacional defienda sus inversiones, especialmente cuando éstas se presentan entre el inversionista extranjero y el Estado. El tema sobre inversiones tiene una multiplicidad de tipologías y definiciones de las cuales tratadistas señalan que no hay un concepto único. Así podría decirse que nos encontramos ante dos miradas de la *Inversión Extranjera Directa (IED* en adelante): una mirada desde la economía política y otra desde el derecho. Ambas están

---

<sup>36</sup> Suárez *Capitalismo y multinacionales. Op. Cit*

<sup>37</sup> Cairns, David, y Cremades Bernardo M. “El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores”. *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2002 pp. 15-62.

relacionadas pero su diferenciación nos permite poner en este apartado elementos claves a la hora de comprender la relación entre el arbitraje internacional y las inversiones extranjeras directas.

De entrada, podemos decir que la *Inversión Extranjera Directa* suele ser una inversión de capital realizada por una persona natural o jurídica en un país diferente al suyo. Se suele decir (por concepto de la OCDE) que para ser considerada como tal, el inversor extranjero debe poseer el 10% o más de las acciones ordinarias o de los derechos de voto de una empresa. Según Ane Garay “esta entrada de capitales puede realizarse mediante la creación de nuevas plantas productivas o la participación en empresas ya establecidas para conformar una filial de la compañía inversora”<sup>38</sup>. Sin embargo, en la práctica económica como jurídica resulta ser más complejo que esto. Para comprender mejor las razones y conexiones con esta ambigüedad vale la pena examinar mejor las razones de la indeterminación jurídica y económica del concepto.

En su tratado sobre *El Arbitraje en los litigios de Expropiación de Inversiones Extranjeras* Iñigo Iruretagoinea señala que no hay un acuerdo sobre el concepto de “inversión” en el campo legal porque “cada legislación interna, cada norma regional, el derecho internacional general y cada tratado internacional de inversiones contiene su propio concepto”<sup>39</sup>. El autor, señala que en los tratados internacionales la definición de inversión se registra como un término amplio que aborda todo tipo de activos que “incluyen inversiones de capital y de bienes de carácter material, aquellas inmateriales como la propiedad privada intelectual, así como derechos para realizar actividades económicas y comerciales adquiridos por medio de concesiones y demás contratos concluidos por el inversor y el Estado receptor”<sup>40</sup>. Entre tanto, el Convenio de Washington de 1965 por el que se crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en material de inversiones, CIADI, tampoco lo ha definido, dejando su

---

<sup>38</sup> Garay, Ane, “Inversión Extranjera Directa” en: *Diccionario crítico de empresas transnacionales. Claves para enfrentar el poder de las grandes corporaciones*, editado por Hernández Zubizarreta Juan, González Erika y Ramiro Pedro. Icaria 2012.

<sup>39</sup> Iruretagoinea Iñigo, *El Arbitraje en los litigios de Expropiación de Inversiones Extranjeras*, Barcelona: Bosch, 2010, p. 42.

<sup>40</sup> *Ibid*, p. 43.

delimitación a la voluntad de las partes, con lo cual, puede cubrir casi cualquier actividad económica.

De la experiencia arbitral del CIADI, afirma Iruretagoinea, podrían certificarse ciertos aspectos de la inversión tales como “proyectos que suelen tener una cierta duración; una cierta regularidad y rentabilidad; normalmente, ambas partes adoptan riesgos; la obligación o compromiso suele ser importante; y, por último, la operación suele contribuir al desarrollo del Estado receptor”<sup>41</sup>. Estas características que parecen inferencias académicas se vienen convirtiendo –sin que lo sean definitivamente– antecedentes “jurisprudenciales” de la actividad arbitral.

El punto radica en que prácticamente todas las actividades económicas y comerciales de inversión pueden ser llevadas al arbitraje internacional. Esto conlleva problemas que en principio parecen ocultos. El principal es que hay una reticencia a codificar la noción jurídica de la inversión. Esto tiene sentido porque al concretar su noción se concretaría su actividad y permitiría dividir perfectamente lo que debe o no ser una inversión. Esto resulta poco beneficioso para los inversores que buscan llevar al arbitraje internacional sus controversias y esquivar los tribunales nacionales y la posible controlaría ciudadana. Concluye Iñigo Iruretagoinea señalando este delicado asunto de la siguiente manera:

*La importancia de la extensión del concepto resulta vital desde el punto de vista práctico; cuanto más amplio sea el concepto, más operaciones económicas gozarán del régimen de liberalización y protección previsto en los tratados internacionales de inversión. En este sentido, es posible sostener que el objetivo de los Estados occidentales –y resultado del liberalismo económico– ha sido el de extender el concepto de inversión con el fin de ampliar las operaciones económicas cubiertas por la normativa internacional; en la consecución de este objetivo, por su parte, ha contribuido la actividad de los tribunales arbitrales<sup>42</sup>.*

El otro aspecto que debe ser considerado es la “crisis de la IED como motor de la historia”. Señalábamos que el arbitraje internacional ha propuesto “el desarrollo del Estado” como un aspecto sustancial de la IED, aspecto que se toma como contraprestación o beneficio del Estado que permite la incursión del inversor en su

---

<sup>41</sup> Ibid, p. 46.

<sup>42</sup> Ibid, p. 47.



sociedad y su economía. En una visión hegemónica, la IED ha sido considerada el motor del desarrollo del mundo y en especial, de los países llamados subdesarrollados o del tercer mundo. Se presume que la inversión traslada capital y conocimiento técnicos al país de destino, además de llevar empleo, capacitación y bienestar. La idea desarrollista se ve en su máxima expresión con la IED al proponer al mundo un solo camino para cumplir las promesas de la modernidad: el desarrollo capitalista en su versión neoliberal. Así lo relata la OCDE en su conocido informe sobre inversiones extranjeras:

*Los beneficios globales de las IED para las economías de los países en vías de desarrollo están bien documentados. Si el país receptor dispone de políticas adecuadas y de un nivel básico de desarrollo, la mayoría de los estudios demuestran que las IED desencadenan un desbordamiento de la tecnología, ayudan a la formación de capital humano, contribuyen a la integración en el mercado internacional, ayudan a crear un clima de mayor competencia en los negocios y acrecientan el desarrollo de las empresas. Todo esto contribuye a un mayor crecimiento económico, que es la herramienta más potente para aliviar la pobreza de los países en vías de desarrollo. Además, aparte de los beneficios estrictamente económicos, las IED pueden ayudar a mejorar las condiciones sociales y ambientales del país receptor mediante, por ejemplo, la transferencia de tecnologías «más limpias» y la orientación a políticas empresariales socialmente más responsables<sup>43</sup>.*

Es evidente que el arbitraje internacional no evalúa el desarrollo –concepto por demás ambiguo- de los países y sociedades donde es llevada la inversión. Sin embargo, parece interesante ampliar este capítulo más allá de dicha institución supranacional para la protección jurídica del capital. Es evidente que las promesas de superar el subdesarrollo por medio de la modernización y progreso<sup>44</sup> de los diferentes países han sido cuestionadas. Incluso, instituciones oficiales (pro-capitalista) como el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo -PNUD- han consignado en sus informes de desarrollo los graves problemas a los que se enfrenta la población mundial (la pobreza por ejemplo) y el fracaso de los Objetivos del Milenio a cumplirse en 2015. Situación que llevó a considerar una agenda de nuevos objetivos de desarrollo post-2015 que –al

---

<sup>43</sup> OCDE, “Inversiones extranjeras directas en desarrollo: un máximo de beneficios por un costo mínimo”, *Resumen*, 2002. Disponible en: <https://www.oecd.org/investment/investmentfordevelopment/1959795.pdf> (consultado el 06 de mayo de 2016)

<sup>44</sup> Por supuesto que reconocemos los trabajos del posestructuralismo y el postdesarrollo quienes aciertan al señalar que las nociones de desarrollo/subdesarrollo, Primer Mundo/Tercer Mundo, son gramáticas políticas para ocultar las relaciones de poder que se establecen en la geopolítica del capital.

parecer- tampoco se cumplirán. Las agencias de desarrollo y gestión del capitalismo global no han sido ajenas a esta realidad y han dado respuesta a dicho fracaso (aunque no le llamen así). La *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo* UNCTAD ha afirmado que los aportes de la inversión extranjera al desarrollo se han visto disminuidos (aunque las ganancias para las Empresas hayan aumentado) por la generación de conflictos entre inversor-Estado provenientes del contexto institucional y social desfavorable al libre desarrollo de la inversión, veamos:

*El Programa de exámenes de las políticas de inversión de la UNCTAD, destinado a mejorar los marcos normativos de la IED en los países en desarrollo receptores, da una idea de la amplia gama de cuestiones de política que revisten importancia para los inversores extranjeros. Esas cuestiones pueden abarcar las normas cambiarias, la política fiscal, el empleo, incluido el empleo de extranjeros, cuestiones relacionadas con la tenencia de tierras, la política de competencia, el estado de derecho y el respeto de los derechos de propiedad, la protección de la propiedad intelectual, la gobernanza de la empresa y las normas contables, la concesión de licencias y la administración de los reglamentos y la promoción de la inversión, incluidos los incentivos. Además, a juzgar por otros exámenes de las políticas de inversión, entre las políticas y las normas generales que pueden afectar a las decisiones relativas a la IED pueden figurar la legislación del mercado laboral, las ZIF y la reglamentación medioambiental y del mercado financiero. Asimismo, se examinan las normas sectoriales, dependiendo de las ventajas de localización de los países clientes. Normalmente éstas incluyen los códigos sobre minería de los países que tienen recursos naturales, los reglamentos turísticos de los países que presentan atractivos desde el punto de vista de la localización para la IED en el sector del turismo o los servicios públicos, y los reglamentos sobre infraestructuras.*<sup>45</sup>

La UNCTAD es clara en alertar a los inversores que el Estado como sujeto pero también como contexto (jurídico, político, legal, fiscal, social) es un foco “de riesgo” para la inversión extranjera. Esta postura concuerda con los esfuerzos permanentes de la inversión extranjera para establecer mecanismos supranacionales que protejan el movimiento y las operaciones de los inversionistas.

El arbitraje internacional parece convertirse en el defensor de la IED pero sustrayéndose de los derechos fundamentales que se ponen en juego en cada uno de los países donde se produce la inversión. En cierta medida se ha construido una idea –negada muchas

---

<sup>45</sup> UNCTAD. “El Papel de los Acuerdos Internacionales de Inversión en la Atracción de Inversión Extranjera Directa hacia los Países en Desarrollo.” *Conferencia De las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre las políticas internacionales de inversión para el desarrollo. 2002.* Disponible en: [http://unctad.org/es/Docs/diaeia20095\\_sp.pdf](http://unctad.org/es/Docs/diaeia20095_sp.pdf) (Consultado el 07 de mayo de 2016)

veces por los hechos- de que la inversión como los inversores son actores éticos, que desarrollan una actividad para beneficiarse y beneficiar a los países, sus sociedades y ecosistemas. El arbitraje internacional termina protegiendo la inversión porque su naturaleza es resolver los problemas comerciales al que se enfrenta el capital. El gran problema de fondo es ¿qué pasa cuando se ven en riesgo los derechos constitucionales de la ciudadanía, el medio ambiente o más particularmente cuando se presentan violaciones a los derechos humanos procedentes de las actividades de la empresa transnacional? Esto supone un problema complejo que pone en discusión la naturaleza social y política de la IED y el procedimiento arbitral como su principal mecanismo de defensa.

### 3. De la Diplomacia del Cañón al Arbitraje Internacional

Como suele suceder en todos aquellos fenómenos que la ciencia moderna quiere comprender, la disputa por el relato histórico se convierte en una necesidad “de rigor” sobre la que defensores y detractores pretenden sentar una posición. Después de un recorrido por diferentes lecturas especializadas, queda claro que no existe una narración única sobre el surgimiento del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias extra-judicial. Este apartado pretende presentar las posturas más influyentes. Pueden ser divididas en dos versiones: las que buscan relatar el arbitraje como un fenómeno antiguo, trasladando fenómenos analógicos, que aunque fuera del contexto actual, son usadas para dar un sustento de práctica histórica humana; las otras, las que se preocupan por narrar el fenómeno contemporáneo de una forma más particular y contextual.

Existen posturas que ubican las primeras manifestaciones de esta figura en la antigüedad, en las ciudades de Grecia y Mesopotamia, en el año 3000 a. de C. como un mecanismo usado para resolver las diferencias que surgían entre las ciudades. Otro sector ubica su génesis en el derecho romano, indicando que se encontraba recogida en diversos textos como *lex aebutia*, Código Justiniano, Ley de las XII Tablas<sup>46</sup>, mientras algunos tratadistas ubican su antecedente en el derecho canónico, en el *ius Decretalium*. También está quienes recurren a la resolución de controversias por medio del *arbitraje pontificio* que, en sentido estricto, no fue un arbitraje ya que las decisiones no eran de obligatorio cumplimiento y por tanto era una figura más cercana a la mediación<sup>47</sup>.

Hay otra corriente –mayoritaria- que ubica el antecedente del arbitraje en las instituciones de la Edad Media. Parece que la tentación de comparar la globalización con aspectos medievales tales como la descentralización del poder político y militar y un tipo de desterritorialización que escapa al control económico centralizado influyen este tipo de posturas. Como vimos anteriormente, la *lex mercatoria* es un concepto que

---

<sup>46</sup> Aramayo Velarde, María Silvia, e Ibarreche Sastre, Rafael. “Mecanismos de heterocomposición de conflictos: del arbitraje a los” ADR. *Introducción al Derecho del arbitraje y mediación*”. Salamanca: Ratio Legis, 2006. Pag. 11

<sup>47</sup> Ibid. Pag.28

revela una práctica jurídica medieval que resolvía cuestiones propias del comercio. *La lex mercatoria* moldeada por usos comunes, costumbres y prácticas de un grupo social específico -los comerciantes- se convirtió en un derecho especial -construido por y para los comerciantes- que consistía en la producción sustantiva y procedimental para la resolución de controversias y que se generaba al margen de las fuerzas políticas centrales. Una de las instituciones más importantes, con mayor crecimiento y acogida fue la de los *tribunales consulares*. No sobran razones, dicha institución estaba integrada por los propios comerciantes, lo que la convertía en un mecanismo jurídico propio de un grupo social<sup>48</sup>. En sus inicios la *lex mercatoria* tenía un alcance “limitado y corporativo” pues para acudir a los cónsules había que estar agremiado pero posteriormente se le permitió a persona ajenas a la corporación acceder a ser “juzgados” por cónsules, creando una ficción sobre el supuesto de ejercer hechos de comercio. En buena medida, se le adjudica el auge de la institución arbitral a la caída del Imperio Romano, que dejó un vacío institucional propicio para su crecimiento<sup>49</sup>.

Coinciden algunos autores en señalar que aunque ciertas instituciones de la *lex mercatoria medieval* guardan identidad con la actual, no se puede hablar de una correspondencia en estricto sentido. Las primeras ocurrieron en un momento en el que la fórmula del Estado no existía, el territorio europeo se encontraba en un proceso de desintegración política y atomización y disputa del poder entre alianzas que solo estaban cobijadas por el manto del cristianismo. La *Lex mercatoria* no estaba marcada ni por centralismo de los Estados-nacionales, ni existía la comunidad de Estados europeos que vino solamente a tener una primera lógica de respeto de soberanía en el Tratado de Westfalia de 1648. Esto significa que el comercio y los comerciantes escapaban a lógicas de intervención debido a la ausencia de control político-territorial, tal como señala en Saskia Sassen<sup>50</sup>. Algunos autores señalan que el derecho mercantil

---

<sup>48</sup> Fernández Rozas, José Carlos, Arenas García Rafael y De Miguel Asensio Pedro Alberto. *Derecho de los negocios Internacionales*. Madrid: iustel, 2009. P 36-37

<sup>49</sup> Rozas Fernández, José Carlos. *Ius mercatorum: autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*. Madrid: Consejo General del Notariado. 2004. P 31-33

<sup>50</sup> Sassen, Saskia. *Territorio, autoridad y derechos. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*. Madrid: Katz Editores, 2010.

desarrollado a lo largo del siglo XIX apropió y desarrolló las raíces y los usos medievales, y que no es una creación propia de la *Nueva Lex Mercatoria*<sup>51</sup> de la segunda mitad del siglo XX.

Estos antecedentes, distan de la construcción de la moderna arquitectura del arbitraje. Su remembranza obedece más a un proceso de legitimación académico, en el cual se han establecido vínculos de la figura jurídica medieval, sobrevalorando su papel y a modo de ocultamiento de factores como las relaciones de poder, que como veremos han sido factor determinante en la formulación e implementación de esta institución tal y como la conocemos hoy.

En adelante consideraremos aspectos contemporáneos, desmarcando el presente escrito de inventar un relato medieval como antecedente de legitimidad. Hay una versión de la historia que está relacionada con aspectos más concretos que relacionan el derecho mercantil, las intervenciones armadas, la diplomacia del cañón y la diplomacia de resolución de controversias que relacionan de una manera más adecuada las relaciones de poder en el ámbito internacional y el surgimiento del Arbitraje Internacional. El presente texto sugiere que la evolución del arbitraje de controversias es la última mutación del poder, que va del poder duro al poder blando. La noción del poder blando es una categoría elaborada por el pensamiento hegemónico de las relaciones internacionales y que se usa para diseñar modelos de influencia internacional. La noción de poder blando creada por Joseph Nye significa la capacidad de “lograr que otros ambicionen lo que uno ambiciona”<sup>52</sup> y se entiende por diferencia del poder duro (hard power) que expresa la influencia por medio de la fuerza militar, el poder económico y el poder “violento” del Estado. El poder blando se basa en factores inmateriales y se convierte en:

*la habilidad de obtener lo que quieres a través de la atracción antes que a través de la coerción o de las recompensas... La seducción es siempre más efectiva que la coerción,*

---

<sup>51</sup> Fernández Rozas, José Carlos, Arenas García Rafael y De Miguel Asensio Pedro Alberto. *Derecho de los negocios Internacionales*. Madrid: iustel. 2009. P 38

<sup>52</sup> Nye Jr, Joseph S. *La paradoja del poder norteamericano*. Madrid: Taurus, 2003. P 30.

*y muchos valores como la democracia, los derechos humanos y las oportunidades individuales son profundamente seductores*<sup>53</sup>.

En el caso del Arbitraje Internacional, el poder blando es la aceptación de las condiciones de los Tratados de Libre Comercio, acuerdos o convenios, promovido por las potencias mundiales y el rechazo de la constitución nacional, las leyes estatales y los sistemas judiciales de protección legal del orden interno. Esto quiere decir que los conflictos se saltan el conducto nacional y se definen por actores y mecanismos jurídicos anacionales. Al aceptar este tipo de cláusulas, los países se someten a la lógica del derecho económico global dejando atrás la primera instancia que consistía en cobrar las deudas o arreglar los conflictos por medio de la diplomacia del cañón, la movilidad de buques o aviones de guerra y la amenaza o práctica real de intervención. Esto no quiere decir que desaparezca la amenaza militar pero se matiza por medio del filtro del arbitraje, es como si se insertara un paso previo.

La internacionalización de la economía en el siglo XX y la crisis del derecho mercantil como arquetipo codificador, contribuyó a una especialización normativa conllevando a que los códigos perdieran vigencia e iniciando el auge de las leyes especiales, que luego produjeron una *inflación legislativa*. Este proceso creó en el imaginario la idea de la imposibilidad de que un código cubriera la totalidad de la realidad comercial o *corpus iuris*. El exceso en la producción normativa suscitó una sensación de inseguridad jurídica que llevó a sectores académicos y políticos de talante liberal a plantear una salida en sentido contrapuesto, esto es, la reducción al mínimo, un *laissez faire normativo*. Surge así con potencia la teoría de la *Nueva Lex Mercatoria*, cuya teoría se caracteriza por su laxitud y resistencia a la sistematización y limitación por principios rectores, normativos y procesales. El resultado es el tránsito de la justicia estatal hacia una justicia privada global, anacional y quizás para-estatal promovida por grupos sociales de gran poder económico y político ligado a empresas transnacionales.

Por lo anterior, sectores académicos plantean que la creación de este derecho anacional, no obedece a una dinámica propia de las relaciones comerciales y relaciones naturales

---

<sup>53</sup> Nye Jr, Joseph S. Prefacio y capítulo 5 “el Poder blando y la Política exterior americana”, en *Soft Power*, Public Affairs, New Hampshire, 2004, ps. IX-XIII y 127-147. Publicado en *Relaciones Internacionales*, núm. 14, junio de 2010 GERI – UAM

de las sociedades comerciales, sino que son engendradas en el seno de lo que denominan *formulating agencies*, cuya institución paradigmática es la Cámara de Comercio Internacional<sup>54</sup>, instituciones que persiguen intereses determinados y visualizan en la resolución de los conflictos comerciales un área fértil para desarrollar negocios:

*tras la alabanza a las supuestas bondades de la lex mercatoria puede esconderse una labor de marketing por parte de los operadores jurídicos dedicados a la solución de conflictos en este ámbito (...) Esta es la clave con la que deben valorarse toda una serie de construcciones pseudo-doctrinales que no buscan otra cosa que la presencia en el mercado de la solución de controversias mercantiles internacionales*<sup>55</sup>.

La teoría jurídica que posibilitó la expansión espectacular del comercio internacional fue el derecho mercantil internacional después de la Segunda Guerra Mundial cuya razón principal fue ofrecer seguridad a los agentes económicos frente a las divergentes legislaciones nacionales, el dispar desarrollo del comercio internacional en las distintas regiones, la heterogeneidad de intereses de los países occidentales con los de Europa oriental y las condiciones de inestabilidad sociales y políticas derivadas de la desigualdad de países del sur global respecto del norte. De no haber existido el derecho mercantil internacional como estructura de seguridad frente a dichas contradicciones, los intercambios comerciales no habrían crecido con tal volumen<sup>56</sup>.

Anteriormente, la resolución de controversias entre el inversor y el Estado se desarrollaba de la siguiente manera<sup>57</sup>:

- El inversor extranjero debía someterse a los tribunales internos del Estado receptor de la inversión.

---

<sup>54</sup> Fernández. Derecho de los negocios Internacionales, Op Cit. P. 41

<sup>55</sup> Ibid. P 40

<sup>56</sup> Fernández de La Gandara, Luis, y Calvo Caravaca, Alfonso Luis. *Derecho mercantil internacional*. Madrid: Tecnos. 1995.P 54-55

<sup>57</sup> Iruretagoinea Iñigo, *El Arbitraje en los litigios de Expropiación de Inversiones Extrajeras*, Barcelona: Bosch, 2010, p.178



- En caso de no estar conforme con la decisión adoptada por los tribunales, el inversor acudía al Estado de su nacionalidad, para pedir de éste protección diplomática.
- El Estado de nacionalidad del inversor, generalmente exigía el agotamiento de las vías legales internas del Estado receptor, y, de manera discrecional, decidía si ejercía la protección diplomática.

En esta arquitectura, no se reconocía la capacidad a los particulares de presentar reclamaciones a instancias internacionales en contra de Estados. Este sistema, era criticado por los inversores, que acusaban a los tribunales de los países receptores de estar parcializados y politizados. Los países receptores de la inversión se quejaban del abuso de la protección diplomática conocida como - *gun-boat diplomacy*- o diplomacia de cañón, de la que eran víctimas<sup>58</sup>.

Con buenas razones podemos afirmar que la influencia del cañón usada por los Estados poderosos sobre los Estados subalternos o regiones dependientes en el sistema internacional es una antecedente del arbitraje internacional. Como veremos a continuación, hay un giro de la diplomacia del cañón a la diplomacia jurídica anacional. La tesis es sencilla, mientras en la “diplomacia dura” los Estados ponían a disposición de las empresas transnacionales sus buques de guerra para solucionar los conflictos de intereses, en la actualidad, el arbitraje pretende preverlo por medio de cláusulas de resolución de conflictos en los Tratados de Libre Comercio para que no deba quedarse sometido a la legislación nacional. La diplomacia se preocupa por implementar formas jurídicas de manera previsor y deja a la diplomacia del cañón como última instancia o garante latente de la inversión.

Hay una historia importante de las diferentes formas de intervención que se produjeron en el siglo XIX en África y América Latina. Protectorados e intervenciones militares en África -como los casos de Francia sobre Túnez para imponer el pago de empréstitos a favor de los bancos acreedores, de España y Francia sobre zonas del norte de África para asegurar el pago de deudas financieras o la intervención militar y de control

---

<sup>58</sup> Ibidem.

político sobre Egipto por parte de Reino Unido. En todas, el objetivo fundamental era el pago de deudas<sup>59</sup>. En América Latina hay una larga historia de intervenciones de diverso orden, entre ellas las armadas. Podemos recordar la intervención armada en el Rio de la Plata, Argentina, por parte de Francia y Gran Bretaña en los años 1838 – 1850 o en México, intervenciones armadas por parte de Francia en 1838-1839 y 1861-1867. Esta situación se prolongó hasta entrado el siglo XX, ejemplo de ello es la intervención de Alemania, Gran Bretaña e Italia a Venezuela en 1902<sup>60</sup> originada por la presión de entidades privadas y ahorristas acreedores, que pretendían el pago inmediato. Los conflictos no se circunscriben solo al continente Europeo, como lo muestran los conflictos entre Estados Unidos y México 1835-1861 o la disputa por Panamá entre Estados Unidos y Colombia en 1903 que terminó con la pérdida del inmenso territorio y la posterior creación del Canal Interoceánico para el control absoluto del comercio Atlántico-Pacífico por parte de los estadounidenses.

Este historial de intervenciones conllevó a repuestas importantes contra las reacciones al estilo mafioso del cobro de deudas y protección de intereses del capital transnacional. En América Latina fueron conocidas como la Doctrina Drago<sup>61</sup> y la Doctrina Calvo<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> Parra, José Joaquín. "Formulación de la Doctrina Drago y su Influencia Política y Jurídica." *Petróleos de Venezuela PDVSA: Ponencias - El otro lado del arbitraje internacional de inversiones* P: 12 y ss. Disponible en: <http://www.pdvsa.com/interface.sp/database/fichero/free/4999/638.PDF> (consultada el 14 de junio de 2016)

<sup>60</sup> Suñé, Natasha. "Arbitraje en América Latina. Consideraciones en materia de inversiones." *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*(2015): P 191 191-21 Disponible en: <http://revistastpr.com/index.php/rstpr/article/viewFile/122/126> (consultada el 15 de noviembre de 2015)

<sup>61</sup> La Doctrina Drago se conoce a partir de la nota de protesta presentada por el gobierno de la República de Argentina ante los Estados Unidos, manifestando el rechazo de la agresión armada sufrida por Venezuela como mecanismo de cobro de las acreencias que ésta última tenía con Estados Europeos. Luis María Drago expuso que los prestamistas capitalistas que hacen préstamos a los Estados extranjeros conocen de la situación de los países y las posibilidades de que se cumplieran las obligaciones contraídas sin tropiezos, de igual manera que hacían transacciones con entidades soberanas contra las que no podía iniciarse procesos ejecutivos.

Promulgaba la igualdad de derecho entre Estados y el respeto inherente que se deben unos a otros, fundándose en principios consagrados por la humanidad y recogidos por el derecho público internacional, como el de la igualdad de los Estados independientemente de la fuerza que dispusiesen, y bajo ese principio de igualdad gozaban de la misma consideración y respeto.

Remarcaba que esto no quería decir que se produjera una declaración de insolvencia deliberada, pero que el reconocimiento de una deuda no debía llevar al menoscabo de los derechos de la entidad soberana, ni la posibilidad de arrastrar a Estados a la guerra, así mismo que el cobro compulsivo e inmediato, por medio de la fuerza llevaría a la ruina a las naciones más débiles.

Condenaba el cobro militar de los empréstitos pues acarrearían la ocupación de los territorios y la ocupación territorial contrariaba los principios proclamados por las naciones Americanas entre ellas la proclamada por

Luís María Drago con ocasión de la invasión no anunciada de las costas venezolanas de 1902 emitió una nota en diciembre de ese mismo año, que posteriormente se conocería como su doctrina. Fundamentalmente manifestaba el rechazo absoluto del uso de la fuerza para efectuar el cobro de empréstitos, alegando que tal mecanismo llevaba a la ocupación y subordinación de los países endeudados, agotando los derechos soberanos de los Estados.

Estados Unidos rechazó la doctrina Drago, pues en el fondo también contradecía sus intereses, tal como fue evidente en las posteriores invasiones a los territorios centroamericanos. No obstante algunos países Latinoamericanos intentaron que tal doctrina fuera reconocida y promovieron en la III Conferencia Panamericana de Rio de Janeiro de 1907 su discusión. La oposición de los Estados Unidos llevó a que tal discusión se trasladara a la II Conferencia de la Paz de la Haya celebrada ese mismo año. En esta sesión el delegado norteamericano Horace Porter sostuvo, contra la tesis de Luís Drago, el uso condicionado de la fuerza, esto es, que solo se excluía si el Estado se sometía al reconocimiento del arbitraje internacional o de los laudos arbitrales, de conformidad con lo estipulado en Título IV Capítulo III de la Convención de la Haya<sup>63</sup>. Este aspecto revelaba el paso de una Diplomacia del Cañón a una Diplomacia Jurídica

---

los Estados Unidos y conocida como la doctrina Monroe, tomando de ella el principio según el cual, la deuda pública no podía dar lugar a la intervención armada y menos a la ocupación militar por parte de los Estados Europeos sobre los Americanos. Parra, José Joaquín. "Formulación de la Doctrina Drago y su Influencia Política y Jurídica." P: 12 y ss. Disponible en: <http://www.pdvs.com/interface.sp/database/fichero/free/4999/638.PDF> (consultada el 14 de junio de 2016)

<sup>62</sup> La doctrina Calvo es desarrollada por Carlos Calvo, tratadista de derecho internacional y miembro fundante del instituto de derecho internacional de Bélgica y del Instituto Francia en París. Sus tesis fueron insumo importante para el desarrollo de la doctrina Drago. También sus estudios surgen en el escenario intervencionista generado por el cobro de deudas por parte de países Europeos a países Americanos. Desarrolló los principios de la soberanía nacional, igualdad entre ciudadanos nacionales y extranjeros y la jurisdicción nacional, al señalar que los Estados soberanos gozan del derecho a estar libres de cualquier forma de interferencia por parte de otros Estados, la igualdad de derechos de extranjeros y nacionales, pues si se les daba a los extranjeros la posibilidad de solicitar la protección diplomática estarían en situación de privilegio frente a los nacionales que solo disponen de los recursos locales. Por lo anterior se hacía necesario que en caso de controversia los extranjeros agotaran los recursos legales ante los tribunales locales sin pedir protección diplomática o intervención del país de origen. Esta doctrina se materializó fundamentalmente en forma de clausula. Parra, José Joaquín. "Formulación de la Doctrina Drago y su Influencia Política y Jurídica." P: 12 y ss. Disponible en: <http://www.pdvs.com/interface.sp/database/fichero/free/4999/638.PDF> (consultada el 14 de junio de 2016)

<sup>63</sup> Parra, José Joaquín. *Formulación de la Doctrina Drago...* Op Cit.

Anacional, reproduciendo las desiguales relaciones de poder en el orden internacional. En cierta manera, se puede hablar de un paso del poder duro al poder blando.

Para el jurista Álvaro Ledo Nass, lo acontecido en la Conferencia de Paz de la Haya de 1899 y 1907, **fue una mutación de la injerencia armada a la intervención blanda vía procesos arbitrales**. Afirma que la adaptación de este nuevo arbitraje internacional fue acompañado de un estricto proceso de control y adaptación a los intereses de los países desarrollados. Ledo Nass rememora dicho desenlace al traer la intervención del diplomático Ruso Conde Mouravieff en 1899:

*8. Aceptar el principio del uso de los buenos oficios, la mediación y el arbitraje en los casos que así lo requieran, con el objeto de prevenir los conflictos armados entre las naciones; así como llegar a un acuerdo con respecto al modo de emplear los buenos oficios, y establecer una práctica uniforme sobre su uso<sup>64</sup>.*

Como concluye esta autor, el desarrollo de esta institución escondía un chantaje que surgió como condición para evitar las intervenciones armadas.

A pesar de la implementación de la doctrina norteamericana en la institucionalidad internacional, los primeros ochenta años del siglo XX estuvieron marcados por esta contradicción. En 1917 la Constitución de México aplicó la doctrina Calvo. El presidente Venustiano Carranza, instauró el principio según el cual las reclamaciones extranjeras estarían sometidas a la jurisdicción nacional, principio que se conocería como la doctrina Carranza, cuya postura fue fuertemente criticada por el secretario de Estado de los Estados Unidos James Hull. Contra la postura de Carranza el Secretario de Estado promovió lo que hoy se conoce como la doctrina Hull, consistente en indemnizaciones justas, adecuadas y oportunas para sus nacionales<sup>65</sup>. Incluso hoy, cuando afloran las posturas soberanistas de Estados como Venezuela, Ecuador o Bolivia y se mantiene la renuencia de países como Brasil a reconocer el arbitraje como medio de resolución de controversias entre particulares y el Estado, podemos afirmar que las doctrinas Drago y Calvo eliminadas de la academia, mantienen su vigencia práctica.

---

<sup>64</sup> Nass, Alvaro Ledo. "Los antecedentes y las fuentes del arbitraje internacional" *Petróleos de Venezuela PDVSA: Ponencias - El otro lado del arbitraje internacional de inversiones* Disponible en: <http://www.pdvs.com/interface.sp/database/fichero/free/4997/636.PDF> (consultada el 17 de enero de 2016)

<sup>65</sup> Parra, José Joaquín. *Formulación de la Doctrina Drago...* Op Cit. P: 25 y ss.

Una de las dificultades de la internacionalización del arbitraje ha estado en la diversidad de culturas jurídicas existentes. Tratadistas señalan que en tiempos recientes las diferencias conceptuales, en el procedimiento arbitral presentaron dos visiones jurídicas contrapuestas, por un lado los sistemas jurídicos continentales y por otro, el *common law*, dichas diferencias se expresaban en situaciones como la resistencia de los abogados norteamericanos a incorporar árbitros que desconocieran sus instituciones jurídicas<sup>66</sup>.

El papel de los Estados Unidos en la defensa de los intereses de sus inversores, ha marcado buena parte de los principios, normas y procedimientos del arbitraje. Se puede afirmar que el apuntalamiento del arbitraje contemporáneo ha estado liderado por Estados Unidos, país que por medio de la exportación de sus teorías jurídicas a diversas regiones, ha promovido la estandarización normativa. Son las leyes del gobierno Federal estadounidense las que han permitido el desarrollo de la doctrina de los A.D.R. (Alternative Dispute Resolution), paradigma que encuentra fundamento en la “*Federal Arbitration Act*” de 12 de febrero de 1925 y la Uniform Arbitration Act del 25 de agosto de 1955, normas que a su vez estuvieron precedidas del *Statute of Illinois* de 1873<sup>67</sup>. También instituciones privadas estadounidenses han jugado un papel importante en la difusión del arbitraje, por citar algunas, la American Arbitration Association, American Bar Association; en el ámbito académico destaca la Universidad de Harvard que edita una revista especializada (Harvard Negotiation Law Review) y la organización constante de diversas actividades académicas<sup>68</sup>. En la década de los ochenta, uno de los objetivos de los Estados Unidos en la negociación de los acuerdos era que la fórmula de la cláusula Hull fuera considerada derecho internacional consuetudinario, al incluirla en una vasta red de tratados y beneficiarse del consenso general entorno al CIADI como centro de resolución de controversias<sup>69</sup>.

---

<sup>66</sup> Fernández Rozas, *Derecho de los negocios* Op. Cit. P. 664

<sup>67</sup> Aramayo Velarde, María Silvia, e Ibarreche Sastre, Rafael. “*Mecanismos de heterocomposición de conflictos: del arbitraje a los ADR. Introducción al Derecho del arbitraje y mediación*”. Salamanca: Ratio Legis, 2006. Pag. 34

<sup>68</sup> *Ibidem*, P. 20

<sup>69</sup> Mortimore, Michael. “Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe.”

Las Instituciones Internacionales también han jugado un papel fundamental. La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, cuya primera reunión se celebró en 1893 organización intergubernamental, que pasó a ser permanente en 1955, y que entre 1893 y 1904 adoptó siete convenios internacionales, los cuales han sido sustituidos por instrumentos más modernos<sup>70</sup>, pero cuyo insumo ha sido fundamental. La Cámara de Comercio Internacional CCI (en adelante), -fundada en 1919, es una organización de negocios de carácter privado cuyo fin es promover las relaciones comerciales y uno de los medios idóneos para canalizar las propuestas del sector privado ante los gobiernos-, la OMC, las Naciones Unidas<sup>71</sup> y el International Institute for the Unification of Private Law, (en adelante UNIDROIT) -fundado en 1926, órgano auxiliar de la extinta sociedad de las naciones, organización intergubernamental cuyo propósito era la modernización, armonización y coordinación del derecho privado y comercial para promover instrumentos y leyes uniformes<sup>72</sup>, logrando que sus estudios y borradores vieran la luz en diversos convenios internacionales<sup>73</sup>- fueron instituciones fundamentales en las primeras cinco décadas del siglo XX, en la formulación y promoción del derecho internacional privado y el arbitraje. Dichas instituciones han tenido gran predominio tanto en su dirección como en las teorías que gozan de mayor aceptación, de los Estados del norte.

Para evitar la imagen de predominio de las posturas planteadas por los países del norte, que creaba cierto grado de resistencia en diferentes Estados, la Asamblea General de las Naciones Unidas creó la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional CNUDMI o UNCITRAL (siglas en inglés) en 1966, con sede en New

---

CEPAL, 2009. P21. Disponible en: [http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4583/1/S0900332\\_es.pdf](http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4583/1/S0900332_es.pdf) (consultado el 18 de enero de 2016)

<sup>70</sup>Hague Conference on private international law, about HCCH. Disponible en <https://www.hcch.net/es/about> . (Consultado el 07 de agosto de 2016)

<sup>71</sup> Rozas, Fernández, José Carlos. *Ius mercatorum: autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*. Madrid: Consejo General del Notariado. 2004. P 99- 103

<sup>72</sup> International Institute for the unification of private law. "History and overview". Disponible en <http://www.unidroit.org/about-unidroit/overview>. (Consultado el 07 de agosto de 2016)

York y Viena, pretendiendo evitar el predominio de Estados del Norte como sucede en la Conferencia de la Haya de Derecho Privado y UNIDROIT, su funcionamiento pretendía estar acorde con los criterios de representatividad tanto jurídica como regional, por esta razón se renueva cada 6 años en su totalidad. UNCITRAL ha promovido de manera activa la convención de New York a pesar de que ésta sea anterior a su existencia<sup>74</sup>, “UNCITRAL tiene un carácter **integrador y superador** en el ámbito del derecho del comercio Internacional de sistemas políticos, jurídicos y económicos” sistemas que estaban encontrados o que tengan intereses contrapuestos<sup>75</sup>.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo UNCTAD (por sus siglas en inglés) fundada en 1960, surge sobre el presupuesto de que el comercio es un instrumento importante del desarrollo<sup>76</sup>, por lo cual su promoción en los países del sur, es su objetivo, y para esto, promueve el dialogo entre los países del norte y el sur, siendo un agente importante en el desarrollo del General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), antecedente de la OMC en la ronda de Uruguay en 1986<sup>77</sup>.

La comisión de Naciones Unidas, recibe colaboración de diversas instituciones como UNIDROIT, la CCI o el American Bar Association quienes *aportan* a los debates. UNCITRAL/ CNUDMI hace parte de una vasta red institucional que promueve la unificación general y la especializada. El papel de las diversas comisiones de Naciones Unidas en la unificación regulatoria en materia mercantil internacional y el arbitraje, como mecanismo predilecto de resolución de controversias, ha sido fundamental en la segunda mitad del siglo XX<sup>78</sup>. Basta recordar que la internacionalización de la economía con los acuerdos de Bretton Woods y el GATT de 1947, se concretaron por

---

<sup>74</sup> Rozas, Fernández, José Carlos. *Ius mercatorum: autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*. Madrid: Consejo General del Notariado. 2004. P 245

<sup>75</sup> *Ibid.*, P 245

<sup>76</sup> *Ibid.*, P 245

<sup>77</sup> La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. Disponible en: <http://unctad.org/en/Pages/About%20UNCTAD/A-Brief-History-of-UNCTAD.aspx> . (Consultada el 08 de agosto de 2016)

<sup>78</sup> Rozas, Fernández. *Ius mercatorum, Op. Cit.* P 246

medio de la UNCTAD y UNCITRAL, instituciones que como se ha dicho, permitieron la confluencia de tres tipos de sistema económico diversos: países en vías de desarrollo, de economía planificada y economía de mercado, lo cual posibilitó el denominado “nuevo orden económico mundial”<sup>79</sup>.

Todo este entramado institucional permitió desde distintos flancos avanzar y legitimar la implementación del arbitraje como medio adecuado para la resolución de todo tipo de controversias sin importar la calidad de los agentes implicados.

#### **4. Lecciones jurídicas para legitimar el Arbitraje de Inversiones**

Existen diferentes tipos de Arbitrajes Internacionales. El presente trabajo se concentra en el Arbitraje de Inversiones donde encontramos la relación entre Inversor y el Estado. El Arbitraje Público Internacional está en la relación de Estado vs Estado, mientras en el Arbitraje Comercial Internacional son los actores privados sus principales protagonistas. El Arbitraje materia de esta investigación (Inversor-Estado) se encuentra influenciado fuertemente por los dos primeros tipos. Se considerará que la influencia jurídica se encuentra principalmente en la normativa internacional que se ha producido a lo largo de las décadas posteriores a la II Guerra Mundial. Es cierto en buena parte, pero nos interesa acudir a la teoría jurídica porque finalmente es allí donde toma forma la legitimidad y la legalidad de una práctica cada vez más aceptada y muy pocas veces cuestionada por la literatura especializada. En un capítulo posterior veremos la relación entre el volumen jurídico internacional de la materia y la evolución de este mecanismo procesal de gestión del interés privado.

---

<sup>79</sup> Fernández Rozas, *Derecho de los negocios* Op. Cit. P. 39



El arbitraje se encuentra recogido en lo que actualmente se conoce como A.D.R. *Alternative Dispute Resolution* o MASC *Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias* (en castellano), que no son otra cosa que medios privados de solución de controversias<sup>80</sup>. Para la *Nueva Lex Mercatoria*, los mecanismos extrajudiciales, anacionales y para-estatales son los medios más efectivos para hacer efectivo su objeto jurídico. La resolución extrajudicial de controversias es clasificada en dos grandes grupos, mecanismos de autocomposición y de heterocomposición. Dentro del primer grupo tenemos la renuncia, el desistimiento, la transacción o allanamiento, entre otros; en la segunda categoría encontramos medios como el arbitraje, la conciliación, la mediación, los cuales se diferencian según el papel que juega la tercera persona<sup>81</sup>.

Se estudiará el arbitraje. En primer lugar se tomará la definición de los profesores Fernández de la Gandara y Calvo Caravaca, con la **salvedad**, de que para el presente trabajo y por la evidencias, **el arbitraje no es considerado un medio jurídico sino extrajudicial**:

*El arbitraje es un medio [extra, para nosotros]jurídico de arreglo de litigios presentes o futuros basado en la voluntad de las partes, que eligen por sí mismas directamente o a través de mecanismos de designación acordados por ellas – por ejemplo, delegando en un tercero imparcial, persona física o jurídica – a simples particulares a los que se confía la adopción de una decisión obligatoria – el laudo arbitral- que ponga fin a la diferencia entre ellas<sup>82</sup>.*

El arbitraje, es el mecanismo privado de resolución de controversias que mayor auge ha mostrado. En opinión de autores como Fernando Castro, este auge se ve reflejado en asuntos tales como “*un sólido derecho internacional con amplio consenso, una extensa doctrina, una práctica regulada, sistematizada, dotada de usos propios y ampliamente*

---

<sup>80</sup> Estavillo Castro, Fernando. "Mecanismos alternativos de solución de controversias." *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM*. 2005. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/26/pr/pr25.pdf> (consultada el 05 de agosto de 2016)

<sup>81</sup> En la conciliación, la tercera persona hace propuestas de arreglo, intenta acercar las posturas de las partes, a quienes escucha y les propone fórmulas de arreglo; en la mediación, la tercera persona tiene un papel más activo que en la conciliación en tanto propone la fórmula de arreglo teniendo las partes la posibilidad de aceptar o rechazar la propuesta y en el arbitraje tenemos que el convenio arbitral saca el litigio de los estrados judiciales y la decisión-laudo- que se profiera tiene un carácter ejecutivo.

<sup>82</sup> Fernández, *Derecho mercantil internacional*, Op. Cit. P. 46-707

*difundida*”<sup>83</sup>. El arbitraje es un mecanismo de resolución de controversias, consecuencia procesal de un derecho sustantivo de clase, destinado a proteger la inversión privada.

Berthold Goldman, es considerado el padre de la *Nueva Lex Mercatoria*, pero también es reconocido en la teoría jurídica del arbitraje como uno de los primeros tratadistas que sentó las bases de la reflexión que revolucionaron la visión del arbitraje, y en contracorriente con la teoría aceptada del momento, planteó en el curso de la Academia de Derecho Internacional de La Haya de 1963, que “*los árbitros no tienen foro*” y que de ser necesario adjudicarles uno, éste sería el mundo<sup>84</sup>.

Los primeros debates acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje se presentaron fundamentalmente en la segunda mitad del siglo XX, la discusión giraba en torno al carácter contractual o jurisdiccional del arbitraje. Por un lado, los partidarios del arbitraje promovían el elemento contractual y los jurisdiccionalistas se concentraban en la competencia de los tribunales estatales<sup>85</sup>. Actualmente y de manera mayoritaria, la doctrina le otorga un carácter mixto, pues consideran que el carácter contractual del arbitraje no basta por sí solo para dar respuesta a las objeciones en torno a la validez del acuerdo, que otorga a los árbitros el poder de juzgar<sup>86</sup>.

A partir del carácter dual, Emmanuel Gaillard, expuso su teoría, también en un curso de la Academia Internacional de la Haya (2007), para plantear que *existen tres representaciones del arbitraje*<sup>87</sup>. La primera, denominada *Lex Facit Arbitrum*, la cual toma como elemento fundamental de decisión la ley de la sede en la cual se lleva a cabo el arbitraje. Ese es el ordenamiento jurídico que debería aplicar el árbitro, interpretación que es la más antigua, y pese a ser criticada de manera creciente, aun cuenta con apoyo y mantiene algún grado de vigencia. La segunda representación,

---

<sup>83</sup> Estavillo Castro, *Mecanismos alternativos*. Op. Cit. Ibid.

<sup>84</sup> Gaillard, Emmanuel. *Teoría jurídica del arbitraje internacional*. México D.F. : Limusa, 2012. P29- 13

<sup>85</sup> Ibid. P. 21

<sup>86</sup> Ibid. P. 21

<sup>87</sup> Ibid. P22-23

considera que la fuente de jurisdicción del laudo arbitral se encuentra en una pluralidad de ordenamientos jurídicos, todos aquellos que tengan conexión. En este postulado los árbitros no tienen foro, su foro es el mundo. Para Gaillard, la Convención de New York contiene esta concepción. La tercera representación del arbitraje es la transición de lo plural (sistema westfaliano) a lo colectivo, que él llama sistema transnacional, y que no considera la legislación de cada Estado de manera “aislada” sino la “tendencia” de la comunidad de Estados. Para que se configure un ordenamiento jurídico arbitral u ordenamiento jurídico anacional, se debería tener un sistema de fuentes propias y con autonomía respecto al ordenamiento jurídico de cada Estado, es decir, la existencia propia de un ordenamiento jurídico arbitral que en este caso está por encima de las diferentes constituciones y leyes de cada uno de los Estados. La tercera representación es considerada por el autor como Derecho Transnacional, al considerar que se encuentra en el medio del derecho estatal y el derecho internacional y cuyas características asignadas por algunos doctrinantes, consisten en no tener jurisdicción por no emanar de un grupo social organizado ni tener un cuerpo normativo jerarquizado según las fuentes<sup>88</sup>. Este tercer elemento pretende llevar un paso más allá la naturaleza del arbitraje a la ruptura con cualquier orden estatal con el propósito de su eficacia. En otras palabras, los inversores quedarían cada vez más liberados de los textos constitucionales creados por las mayorías ciudadanas, de las leyes promovidas por los representantes parlamentarios y, por supuesto, de los tribunales judiciales estatales. El ordenamiento jurídico arbitral pretende ser una pieza jurídica desconectada de toda la historia moderna del derecho internacional público pero con implicaciones sobre la economía, la política y el derecho de cada uno de los Estados, derivados de los laudos arbitrales.

La Escuela Austriaca, también propone una teoría para dotar el sistema del arbitraje internacional. En una conferencia pronunciada por Marco de Benito y Sonsoles Huerta de Soto, publicada en la revista del Club Español del Arbitraje, señalaron que el sistema estatal era un sistema inviable, porque alteraba el sistema natural de las personas y sus relaciones sociales y económicas. El proceso social espontáneo se contrapondría con el sistema Estatal, tal como puede leerse a continuación:

---

<sup>88</sup> Aramayo, María. *Mecanismos de heterocomposición ...* Op. Cit. P. 49-50

*En el orden espontáneo las leyes e instituciones que hacen posible el proceso social no han sido creadas de forma deliberada, sino que tienen un origen evolutivo y consuetudinario, e incorporan un inmenso volumen de experiencia e información práctica acumulada a lo largo de generaciones y generaciones. En el estatismo los mandatos y reglamentos, con independencia de su apariencia formal de ley, son decisiones concretas del poder organizado, siempre imperfectas y a menudo equivocadas por la insoslayable ignorancia en que se halla el poder en relación con la sociedad*<sup>89</sup>.

Para estos tratadistas de la Escuela Austriaca, el arbitraje es el ejemplo práctico del orden jurídico espontáneo de mercado. En el marco de esta Escuela, el arbitraje está llamado a administrar justicia, y para esto, presentan argumentos bastantes discutibles sobre su “condicionamiento natural del orden social y jurídico” de la siguiente manera:

*Cada árbitro tiene una información única e intransferible y es por tanto capaz de encontrar su particular hueco o nicho de mercado. Los actores del mundo arbitral actúan en constante competencia unos con otros y por ello deben ser perspicaces para aprovechar las oportunidades de ganancia que descubren, poniendo los medios necesarios para ello: formación, experiencia, ética, reputación, etc. En el arbitraje, es protagonista la función empresarial: mediante su ejercicio se logra la coordinación social en el ámbito de la administración de justicia de un modo espontáneo, libre y voluntario. (...) Los árbitros están llamados a desempeñar una labor intelectual abstracta de aplicación del derecho en sentido material con independencia del resultado concreto sobre los individuos y de cualquier concepto de justicia social.*<sup>90</sup>

Los autores retoman a Jan Paulsson, reconocido árbitro, quien comanda la oficina de asesoramiento “Tres Coronas” o 3C, con sede en las principales metrópolis financieras de Londres, París y Washington y bajo cuya asesoría se han llevado a cabo procesos arbitrales tan controvertidos como el de *Occidental Petroleum* contra la República del Ecuador<sup>91</sup>. Para Paulsson el arbitraje y el arbitraje internacional “*se parecen como elefante y elefante marino*”, es decir, que no tiene nada en común y que no es suficiente retomar la teoría del arbitraje y trasladarla al arbitraje internacional. Señala que “*el arbitraje es una realidad compleja, en la que distintos sistemas se solapan y se*

---

<sup>89</sup> De Benito, Marco y Huerta de Soto, Sonsoles. “El arbitraje internacional como orden jurídico espontáneo.” *Revista del Club Español del Arbitraje* 22 .2015: 113-127.

<sup>90</sup> *Ibidem*.

<sup>91</sup> 3C. “Occidental Petroleum Corporation et al V the Republic of Ecuador.” Disponible en: <https://www.threecrownsllp.com/case-studies/occidental-petroleum-corporation-et-al-v-the-republic-of-ecuador/> (Consultada el 09 de agosto de 2016)

*superponen*” normas que no son solo las normas de los Estados, sino convenios, reglamentos y los pronunciamientos de los árbitros, con lo cual los ordenamientos Estatales son insuficientes<sup>92</sup>.

Para Benito de Marco y Sonsoles Huerta, el arbitraje no puede estar compuesto solamente por normas positivizadas y/o escritas, sino que el arbitraje es un orden autónomo que se va construyendo, por medio de laudos y, aunque en “*principio lentamente sin orden aparente*” se va configurando un patrón, que es para ellos un “*orden de verdad*”. Citando a Juan Fernandez Armesto, concluyen que hay tres escenarios en los que el orden arbitral está configurado: primero en el procesal, segundo en la manera de interpretar el derecho de los países de tradición romanística y por último en los de tradición de la *Common Law*. Según su tesis planteada, este orden se ha construido sin *autoridad central*, y sin un cuerpo normativo y de principios universalmente aceptados, de manera que “*el arbitraje internacional no es más que un ejemplo de orden espontáneo de mercado*”.

Para diferenciar lo espontáneo de lo creado, Benito y Sonsoles, retoman la teoría de Hayek y Bruno Leoni, en la cual en el sistema jurídico hay dos factores que deben ser diferenciados, el primero, lo que “*existe por naturaleza*” y lo que “*existe por decisión deliberada*”. El derecho natural es el *ius* y existe por naturaleza mientras la legislación es la *lex* y es la creación deliberada de la autoridad Estatal. Consideran que el orden arbitral es el *ius*. La *lex* son “*los tratados multilaterales, las leyes de arbitraje de la sede, las del foro de la ejecución, etc.*”. Plantean que el Convenio de New York no creó el arbitraje internacional sino que toma nota de su existencia, pues en su criterio, el arbitraje no ha sido, ni podrá ser diseñado por nadie, pues corresponde a la naturaleza y por ende va fluyendo. Así las cosas concluyen, la *lex* debe reconocer el *ius*, y no intervenir para no alterar su esencia<sup>93</sup>. Adjudican el mayor éxito del arbitraje internacional a la incapacidad de los Estados para controlar la función empresarial, y

---

<sup>92</sup> De Benito, *El arbitraje internacional...* Op. Cit.

<sup>93</sup> *Ibid.*

señalan ésa como la razón por la cual los Estados han cooperado y reconocido el arbitraje para permitir el flujo del comercio y la inversión<sup>94</sup>.

La Escuela Austriaca, como vemos, es en buena medida el sueño al que aspiran los inversionistas, un mundo en el que no hayan normas ni poderes que les impongan controles, en el cual el arbitraje sea el mecanismo exclusivo de resolver sus controversias, escenario en el que puedan ser jueces y parte, y sea la naturaleza del más fuerte la que imponga el *ius*. En todo caso, este discurso le está dando forma a la realidad que nos enfrenta, el *derecho neofeudal* que pretende cada vez más eliminar los postulados democráticos al sustraer a la ciudadanía de la producción moderna del derecho. Sin embargo, hay críticas desde la visión jurídica liberal, en la que autores Fernández de La Gandara y Calvo Caravaca, señalan que la fuente de la *Nueva Lex mercatoria* no está en el derecho internacional ni en el nacional sino en la acción normativa de los particulares. Para estos autores se trata de un derecho fragmentario, no siempre público, cuyas decisiones no siempre están motivadas<sup>95</sup>, en fin, un derecho corporativo<sup>96</sup>. El problema que se revela es que bajo el precepto ideológico de no intervención por parte del Estado, autores como Garcimartín Alférez, plantean que si el mercado es la forma más eficiente de asignar los recursos, debe ser ése mecanismo el que diseñe las normas de tal asignación<sup>97</sup>; en otras palabras el ya nombrado *laissez faire jurídico*<sup>98</sup>.

La discusión de los sectores que defienden el desarrollo natural del arbitraje como orden natural y lo que pretenden aún sostener el orden jurídico teniendo en cuenta el origen del Estado, viene a ser evidente con la emergencia de los postulados neoliberales<sup>99</sup>. Se

---

<sup>94</sup> *Ibid.*

<sup>95</sup> Fernández, *Derecho mercantil...* Op. Cit. P.54

<sup>96</sup> *Ibid.* 50

<sup>97</sup> Rozas, Fernández. *Ius mercatorum...* Op. Cit. P 87

<sup>98</sup> Fernández, *Derecho mercantil internacional*, Op. Cit.

<sup>99</sup> El neoliberalismo surge como una ideología económica y política, retomando los principios liberales del siglo XIX, en reacción severa al intervencionismo de Estado y contra el Estado de bienestar social, sus principales exponentes Milton Friedman y Friedrich August Von Hayek, este último denuncia el igualitarismo como forma de destrucción de

trata en el fondo de un debate ideológico que se traslada al campo jurídico. El progresivo desmonte del Estado de Bienestar generado por la implementación de las políticas neoliberales, impactó de manera negativa en muchos de los sistemas judiciales públicos, toda vez que los recursos asignados en general no han guardado la misma proporción que la demanda de justicia. Los liberales considerados seres apolíticos y técnicos de la ingeniería social promovieron la censura contra los sistemas públicos de justicia, acusándoles de ser sistemas lentos y altamente politizados, aspectos negativos para la eficiencia y calidad. Los sistemas de justicia estatales son considerados anacrónicos, que no responden a la realidad contemporánea, la cual se caracteriza por tener unas relaciones jurídicas más complejas, enfrentadas con una mayor intervención de agentes, diversas nacionalidades, diferentes ordenamientos jurídicos, situaciones más dinámicas y nuevos campos de negocios influenciados por los avances tecnológicos y de la comunicación, que exigen una resolución en el menor tiempo posible<sup>100</sup>. Afirman la incapacidad de los aparatos judiciales para adaptarse a esas exigencias, de un mercado de dinámicas vertiginosas que exige procedimientos e instrumentos flexibles, mayor celeridad, menor costo, con soluciones funcionales y que hagan factible su ejecución<sup>101</sup>. La solución que promueven son los mecanismos alternativos de solución de controversias como la salida adecuada al cuello de botella, a pesar que *“la práctica arbitral ha demostrado que tales ventajas no son, en todos los casos, evidentes (...) en especial cuando se habla de confidencialidad, rapidez y economía”*<sup>102</sup>.

Podemos señalar que el arbitraje se convierte en una pieza jurídica del negocio transnacional en cabeza de las poderosas empresas transnacionales, que en el caso de inversor-Estado, generalmente favorece al inversor privado o a los intereses más fuertes del capital transnacional. Es evidente que el derecho y la justicia, están relacionadas con ideales modernos que vienen acompañados de la teoría política liberal y que se

---

la libertad y la competencia como sistema del cual dependía la prosperidad de todos STEGER, Manfred B. y ROY, Ravi. Neoliberalismo. Una breve introducción. Madrid Alianza Editorial, 2011. p 15- 42

<sup>100</sup> Estavillo Castro, *Mecanismos alternativos...*, Op. Cit.

<sup>101</sup> *Ibíd.*

<sup>102</sup> Iruretagoinea, *El Arbitraje...* Op. Cit. P. 152, 153.

manifiestan internacionalmente por medio del derecho público. Pero se trata de dos libertades diferentes, la libertad neoliberal tiene puesta su garantía en la posibilidad del libre mercado y la libertad de los negocios, mientras, la teoría liberal pretende que sea el Estado, en buena manera, quien agencia las relaciones sociales. El sustento liberal está ya largamente comentado en los textos de J.J. Rousseau o T. Hobbes, opuestos en sus concepciones sobre el ser humano, pero muy próximos sobre el contrato social y el pacto social, delegado en el Estado. El gran debate que plantea el sustento jurídico del arbitraje es, en forma más sencilla, la creación de una justicia que no tenga que pasar por el filtro de las leyes y los tribunales nacionales. En especial, que la justicia, sea dada por árbitros y no por jueces, es decir, que dichos laudos no tengan que verse obligados a considerar la constitución política de la ciudadanía, sus derechos y garantías, pues allí, las empresas transnacionales verían en juego sus intereses. Mejor es pasar por encima de dichas garantías ciudadanas para velar por las garantías de los negocios.

## **5. El lado oscuro de la fuerza y la Nueva Lex Mercatoria: el Arbitraje de Inversiones**

La controversia entre inversor y Estado es un fenómeno de vieja data. Las relaciones entre ambos actores se remota al nacimiento mismo del Estado, y a la instauración de negocios de diferente índole a lo largo del planeta, desde el comercio de tabaco y azúcar, la brutal comercialización de esclavos hasta la comercialización de software. En el siglo XX, hemos acudido a un cambio “procesal” de gestión de dichas controversias, pasando de amenazas directas con el cañón y la presión diplomática hacia la herramienta procesal conocida como arbitraje inversor-Estado. El presente apartado pretende describir y discutir con mayor profundidad la naturaleza de dicha institución ofreciéndole al lector elementos de reflexión con elementos más precisos.



## 5.1. La naturaleza socio-política del arbitraje

El arbitraje inversor-Estado es una institución que hace parte de los mecanismos de solución de controversias que se conocen formalmente como Solución de Diferencias entre Inversores y Estados SDIE o ISDS (Impact of Investor-State-Dispute Settlement) por sus siglas en inglés. Se caracteriza por ser una institución supranacional, anacional y paraestatal que desconoce el derecho constitucional, híbrida en sus agentes públicos y privados pero con primacía del derecho comercial privado y basado en la lógica de la maximización de las ganancias.

Éste es un *nuevo* tipo de arbitraje, diferente a los que tradicionalmente se estaba acostumbrado en el mundo jurídico -cuya base más sólida es el Convenio Sobre Arreglo de Diferencias entre Estados y Nacionales de otros Estados, conocido como Convención de Washington de 1965, el cual creó el Centro Internacional para Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI, convención redactada a instancias del Banco Mundial- es una instancia autónoma de los sistemas legales nacionales<sup>103</sup>. En el nuevo tipo de arbitraje participan elementos públicos y privados en un mismo escenario. Cremades y Cairns, sitúan al arbitraje inversor-Estado como un híbrido<sup>104</sup> entre los dos tipos tradicionales de arbitraje. Lo cierto es que el arbitraje inversor-Estado, toma del arbitraje comercial buena parte de sus preceptos sustantivos y procedimentales prevaleciendo prácticas de control de la información, resolución de controversias por parte de particulares –en una institución u oficina privada-, negación de la doble instancia, primacía de los preceptos del derecho privado sobre los de derecho público, entre lo más relevantes. En últimas ha prevalecido la *Nueva Lex Mercatoria*, como fuente primigenia.

Para Cremades y Cairns, uno de los postulados claves que ha dotado de fuerza el arbitraje internacional, es el principio de derecho privado de la *autonomía de la*

---

<sup>103</sup> Ciro, Gallardo. Raúl Alberto “El futuro próximo del arbitraje de inversiones en Colombia.” *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales* 7.7 (2014): 167-197. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5167619> (Consultado el 15 de Julio de 2016)

<sup>104</sup> Cairns, David, y Cremades Bernardo M. “El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores”. *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2002 pp 26

*voluntad de las partes*<sup>105</sup>, cuya doctrina para hacerse efectiva, fue promocionada en el plano estatal creando una cultura del arbitraje y eliminando reticencias al reconocimiento de los laudos internacionales por parte de los tribunales nacionales<sup>106</sup>. El despliegue de la doctrina de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) se dio en el plano nacional, regional e internacional, como promoción de un nuevo elemento de la cultura jurídica que fue apoyada por organizaciones internacionales como el Banco Mundial.

La unilateralidad de los procesos es otra de sus características fundamentales. En los casos inversor-Estado, el consentimiento está expresado por lo general en un tratado, acuerdo o convenio o eventualmente en un contrato. Es un derecho ejercido por el inversor y no por el Estado ya que el Estado hace una oferta abierta cuando firma cualquiera de los instrumentos mencionados, y la aceptación de la oferta sólo se da en el momento en que el inversor comienza el arbitraje, según el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones -CIADI- del Banco Mundial<sup>107</sup> el consentimiento del Estado no resulta vinculante para el inversor<sup>108</sup>.

Michael Mortimore, Oficial a cargo de la Unidad de Inversiones y Estrategias Empresariales de la *Comisión Económica para América Latina y el Caribe* –CEPAL- señalaba que la superposición de los principios del arbitraje comercial internacional a los procesos de arbitraje Inversor-Estado conllevaban prácticas contrarias a la transparencia, porque en general este tipo de arbitraje no estaba acorde con los principios de *responsabilidad judicial, apertura e independencia* que llevadas a asuntos Estatales se trasforman en problemas de legitimidad<sup>109</sup>. El arbitraje internacional de

---

<sup>105</sup> Que para el caso de los particulares se expresa en las cláusulas de un contrato, pero en el caso de los Estados quedan consignadas en los tratados, convenios o acuerdos. Cairns, David, y Cremades Bernardo M. “El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores”. *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2002 pp 26

<sup>106</sup> Cairns, David. *El arbitraje...* Op. Cit. P26

<sup>107</sup> (Casos Lanco International Inc. V. The Argentine Republic, American Manufacturing and trading V. Republic of Zaire)

<sup>108</sup> Cairns, David. *El arbitraje...* Op. Cit. P.29

<sup>109</sup> Van Harten, Gus. "Investment treaty arbitration and public law." *OUP Catalogue* (2007).P. 63; Disponible en: <https://ideas.repec.org/b/oxp/obooks/9780199217892.html> (consultado el 11 julio 2016)

Inversiones es una institución única que a nivel internacional, a pesar de llevar asuntos que son de carácter público –porque afecta a parte de la población de un país- mantiene márgenes limitados de acceso a los datos sobre los procesos<sup>110</sup>. A pesar de su impacto social, la información que se conoce es como el Iceberg, solamente se conoce una parte, mientras el grueso se encuentra sumergido en la profundidades del secreto.

Siguiendo a Van Harten, Mortimore reseña que la principal innovación que trajo el arbitraje internacional de inversiones, fue colocar en manos de los particulares la definición del derecho internacional público y convertirlo en un mecanismo de control de la actividad reguladora del Estado. Se dio a los árbitros la potestad de resolver controversias sobre regulación y legalidad de actos soberanos contraviniendo estándares de soberanía sobre las decisiones de los llamados Estados democráticos y del Estado de derecho<sup>111</sup>. El asunto es tan grave, que los árbitros y la amenaza del arbitraje terminan definiendo sobre los presupuestos estatales, tesorerías de las naciones y políticas públicas de regulación en asuntos como la salud y el medio ambiente, por nombrar algunos<sup>112</sup>. En palabras de Van Harten:

*el arbitraje inversionista-Estado en su forma actual da a los inversionistas extranjeros el gran poder de forzar a los Estados a entregar las decisiones de sus legislaturas, tribunales y administraciones a una revisión y disciplina intensiva por parte de los árbitros*<sup>113</sup>

La carta en blanco firmada por los Estados a los árbitros a través de convenios, tratados y acuerdos ha dado lugar a que se generen interrogantes frente a la imparcialidad de sus actos. Señala Mortimore parafraseando a Van Harten, que la vaguedad y flexibilidad de dichas tratados bilaterales creó un campo fértil para la “*creatividad*” de los inversores quienes con la asesoría de sus abogados han llevado hasta el límite las cláusulas en ellos

---

<sup>110</sup> Van Harten, Gus. "Investment treaty arbitration and public law." *OUP Catalogue* (2007).P63; Disponible en: <https://ideas.repec.org/b/oxp/obooks/9780199217892.html> (consultado el 11 julio 2016)

<sup>111</sup> Mortimore, Michael. “Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe.” *CEPAL*, 2009. P21. Disponible en: [http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4583/1/S0900332\\_es.pdf](http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4583/1/S0900332_es.pdf) (consultado el 18 de enero de 2016)

<sup>112</sup> *Ibíd.* P. 33

<sup>113</sup> Van Harten, Gus. *Investment treaty...* Op. Cit.

contenidas. Advierte sobre la generación de grandes conflictos de intereses que se producen al dejar en manos de los árbitros la interpretación y delimitación de su propia jurisdicción, si se tiene en cuenta que cuanto más amplio es su campo de acción y ejercicio de sus potestades mejoran sus expectativas de negocios y sus posibilidades de futuros nombramientos (similar al fenómeno conocido como “puertas giratorias”). Al ser un número reducido de personas y de firmas que acceden a este tipo de procesos, los árbitros suelen ser dependientes de los posibles demandantes. Esta situación se ve agravada por falta de una jurisprudencia madura que guíara los procesos, y una normativa clara y expresa<sup>114</sup>.

Debemos tener en cuenta un aspecto sociológico que determina la posición de los árbitros en el escenario donde se desarrollan las controversias. Los árbitros que participan de la resolución de controversias inversor-Estado son parte de una verdadera elite. Son, en un 96%, hombres que provienen principalmente de bufetes de abogados europeos y estadounidenses, probados en las puertas giratorias, con salarios que oscilan entre los 275 mil y 510 mil euros o más, cuando fungen como árbitros o entre 300 mil y 750 mil cuando lo hacen en calidad de asesores<sup>115</sup>. Incluso, para tratadistas defensores del arbitraje como Francisco González de Cossio -quien se desempeña también como árbitro- es claro que el arbitraje es asunto de una minoría donde el árbitro es un verdadero juez privado. Citando a su colega Jan Paulsson, recalca que “*Dada la importancia y delicadeza frecuente involucrada en arbitraje, existen buenas razones para apoyar el surgimiento y reconocimiento de una élite de árbitros internacionales*”<sup>116</sup>. Dicha elite enquistada en el arbitraje internacional de inversiones ha reforzado el “nuevo” derecho corporativo global como un derecho de clase alta, lo ha convertido en un sistema de autopoiesis, capaz de crearse, reproducirse y mantenerse

---

<sup>114</sup> Mortimore, Michael. *Arbitraje internacional... Op. Cit.* P33

<sup>115</sup> Le Monde Diplomatique. *Una OTAN de la economía. Revista punto de vista número 8*. UNED-Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2015. P 20 (Archivo personal)

<sup>116</sup> González de Cossio, Francisco. “El árbitro homenaje al doctor Rodolfo Cruz Miramontes” *Biblioteca Jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM*. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2552/17.pdf> P 297 y ss (consultada el 07 de junio de 2016)

por sí mismo y lo ha constituido como el principal mecanismo para la resolución de conflictos del comercio mundial<sup>117</sup>.

Como lo señala Patxi Zabalo, las demandas inversor-Estado son un fenómeno novedoso, si se tiene en cuenta que solo hasta 1987 se presentó el primer caso en su género mientras en el periodo comprendido entre 1996 y 2009, ya se habían presentado 357 demandas<sup>118</sup>. Según los datos públicos de los que dispone la UNCTAD, a 1 de enero de 2016 el número de casos de ISDS ascendía a 696 contra 107 países<sup>119</sup>. Sin duda fue un aumento espectacular de una floreciente industria en tiempos de crisis. Aunque para autores como Cremades y Cairns, el crecimiento de las ISDS aún está a medio camino, pues consideran que el crecimiento en tiempos ulteriores, se derivará de los derechos de propiedad intelectual, y la inclusión de la propiedad intelectual como parte de las inversiones en algunos tratados, acuerdos o convenios. Señalan los citados autores que, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI, en adelante), estableció un centro de mediación y arbitraje, cuya inactividad actual, puede ser similar a la experimentada por CIADI en sus inicios<sup>120</sup> pero que puede ser un factor decisivo para los mecanismos de Solución de Diferencias entre Inversores y Estados en tiempos venideros.

Los Estados han asumido el riesgo bajo la premisa de fe según la fórmula capitalista: a mayor inversión mayor desarrollo. Sin embargo, las pregonadas ventajas para los países receptores de inversión no son tan claras como refleja el sostenido proceso de desigualdad y dependencia de los países dependientes. Por supuesto que para los defensores del desarrollismo, siempre hay un nuevo problema que impide cumplir la promesa del desarrollo. La teoría más difundida defiende que con seguridad jurídica, los

---

<sup>117</sup> Vallejo, Pablo Rey. “El arbitraje de inversiones y los retos de la globalización”. *Revista de Derecho Privado* 38 (2007): 3-23.

<sup>118</sup> Zabalo, Patxi. “América Latina ante las demandas inversor-Estado/Latin America Facing Investor-State Claims”. *Revista de Economía Mundial*, 31, (2012).

<sup>119</sup> United Nations UNCTAD/ Investment policy. “Investor-state dispute settlement”: *Review of developments in 2015. No 2 June 2016*. Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Publications/Details/144> (consultada el 02 de agosto de 2016)

<sup>120</sup> Cairns, David. *El arbitraje ...* Op. Cit. P. 22

inversionistas tendrían un incentivo que los movería a incrementar la inversión. Raúl Alberto Gallardo Ciro, cita en su artículo “*El futuro próximo del Arbitraje de inversiones en Colombia*”, diversos estudios sobre el impacto de la Inversión en los países en desarrollo. En primer lugar, citó el estudio de Andrew Guzman de 1997, que sostenía que los tratados “*incrementan la eficacia y reducen el costo de la inversión extranjera*” pero que el aumento no se traduce en beneficios para los países receptores. Además, si un país dependiente firma un tratado otro pierde la posibilidad de inversión, situación que exacerba la competencia entre Estados y disminuye la rentabilidad de la inversión en los países en desarrollo<sup>121</sup>, sin contar que, para lograr la firma de tratados y atraer la inversión eliminan las garantías laborales de la ciudadanía y la protección al medio ambiente, todo para volverse más atractivo a la inversión. Contrariando la confianza en los tratados, el citado autor presenta un estudio realizado por el Banco Mundial:

*En junio del 2003 un estudio de Mary Hallward-Driemeier, del Banco Mundial, llegó a la conclusión de que los tratados de inversión por sí solos no incentivan la inversión. Las circunstancias internas del país cuentan también, si las instituciones estatales a nivel interno son débiles, el inversionista no va a querer venir al Estado, aunque exista un tratado de inversión. Existen costos que muchas veces no son evaluados, prudentemente, por los gobiernos después de la firma de un tratado y que tienen que ver con los montos de las eventuales demandas contra el Estado ante un tribunal internacional: lo cual puede representar la dificultad en el cambio de políticas públicas futuras, que pueden traducirse en demandas para el Estado sobre la base de la violación de un tratado<sup>122</sup>*

La decisión por parte del Estado de firmar un tratado, convenio o acuerdo, es para Michael Mortimore, un interrogante que no se puede resolver fácilmente, en particular, por el alto riesgo al que se enfrentan. En especial -plantea el autor- porque la premisa según la cual la firma de estos instrumentos acarrea un incremento de la inversión han sido cuestionados en varios estudios que señalan que la creciente firma de acuerdos no es simétrica con el aumento de la inversión, o, realidades como la de los denominados BRICS, cuya característica ha sido el ser cuidadosos con la ratificación de dichos acuerdos y sin embargo reciben altas cifras de inversión, es una situación que permite

---

<sup>121</sup> Ciro Gallardo, *El futuro próximo del arbitraje...* Op.Cit. .

<sup>122</sup> *Ibíd.* P. 177.

afirmar que la premisa según la cual a mayor firma de tratados mayor flujo de inversión, no es una conclusión realista<sup>123</sup>.

En todo caso el eje central del creciente uso del arbitraje como medio de resolver controversias inversor – Estado, es la protección a las inversiones y esta a su vez es el núcleo de los procesos de globalización desde arriba, marcados por la negociación, firma y ratificación de tratados o acuerdos de libre comercio<sup>124</sup>. La necesidad de los inversionistas de movilizar sus capitales, con el mínimo riesgo posible es el combustible que mueve esta enorme maquinaria.

## 5.2. Tratados y Acuerdos de Libre comercio e inversión

El primer tratado bilateral de inversión que abrió paso a la era moderna de los acuerdos de inversión se celebró entre Paquistán y Alemania el 25 de noviembre de 1959<sup>125</sup>. A partir de entonces se dio continuidad a la firma de diversos instrumentos que incluiría la famosa cláusula de resolución de controversias. En América latina, solo hasta 1989 se abre el camino a este tipo de herramientas con la firma de Panamá y Belice<sup>126</sup>. En la actualidad, hay cerca de 3.000 tratados, convenios o acuerdos firmados que prevén el arbitraje como mecanismo de resolución de controversias (los árbitros se frotan las manos).

Inicialmente los litigios entre el Estado y particulares versaban sobre un contrato o proyecto específico, en cuyas situaciones las cláusulas y las responsabilidades derivadas eran más concretas y claras, pero el salto hacia los convenios, tratados y acuerdos dejaron un espacio en blanco<sup>127</sup> (léase, cheque en blanco) abordado por los

---

<sup>123</sup> Mortimore, Michael. *Arbitraje internacional...* Op. Cit. P33

<sup>124</sup> Cairns, David. *El arbitraje ...* Op. Cit.

<sup>125</sup> Neumayer, Eric & Spess, Laura. (2005). Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?. EN: London School of Economics and Political Science, UK., p. 1570. EN: Raül Alberto Gallardo. "El futuro próximo del arbitraje de inversiones en Colombia." *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales* 7.7 (2014): 167-197.

<sup>126</sup> Giro, Gallardo. *El futuro próximo del arbitraje ...* Op. Cit

<sup>127</sup> Van Harten, Investment treaty... Op. Cit. P.63

árbitros según su propia interpretación, muchas veces manera contradictoria<sup>128</sup> con el contenido de lo firmado o con otros laudos arbitrales, situación que ha generado una serie de dificultades en la definición de los derechos, deberes y responsabilidades de la actividad arbitral y sus consecuencias.

De acuerdo con Mortimore, las cláusulas de arbitraje entre inversionistas y el Estado en los tratados internacionales de inversión están atravesadas por relaciones de poder asimétricas entre Estados, y que *“parecen favorecer de manera desproporcionada los derechos de los inversionistas extranjeros en detrimento de las políticas nacionales del país receptor”*<sup>129</sup>.

A partir de la década de los setenta, Estados Unidos emprende una campaña con la finalidad de proteger la propiedad e integridad de sus inversores en plena guerra fría. Postura que se intensificó en la década de los ochenta con la aplicación del consenso de Washington para la liberalización de las economías y la limpieza de obstáculos provenientes del control estatal. La figura jurídico-política para la defensa de sus inversores y del proceso de neoliberalización de la política internacional fue materializada por medio de las firmas de acuerdos, tratados y convenios. En palabras de Michael Mortimore, la política de liberalización de los Estados Unidos estaba encaminada a:

*alterar la relación entre los países inversionistas y los países receptores, en beneficio de los primeros, (...) En otras palabras, los Estados Unidos han forjado un esquema global de comercio internacional y de inversión extranjera, principalmente por medio de normas en los acuerdos comerciales regionales y acuerdos bilaterales de inversión en las que se pone el énfasis en la liberalización de la inversión extranjera, y que van más allá de las obligaciones y compromisos de los acuerdos bilaterales de inversión tradicionales*<sup>130</sup>.

---

<sup>128</sup> Laudos absolutamente contradictorios, es el caso referido por Patxi Zabalo citando a como el caso CME y Lauder contra República Checa, los cuales al ser presentados por separado ante paneles regidos por CNUDMI una de las demandas no prosperó mientras en la otra el demandante obtuvo una indemnización de 300 millones de dólares Zabalo, Patxi. "América Latina ante las demandas inversor-Estado/Latin America Facing Investor-State Claims." Revista de economía mundial 31 (2012)

<sup>129</sup> Mortimore, Michael. *Arbitraje internacional... Op. Cit.* P33

<sup>130</sup> *Ibíd.* P. 24



Esta política se ve claramente manifiesta en la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), (en inglés North American Free Trade Agreement, NAFTA), en el capítulo 11, que concedió a los inversionistas el derecho a iniciar un juicio arbitral internacional en contra de un Estado, -derecho que solo estaba en cabeza de los Estados-<sup>131</sup>, consolidando un aspecto definitivo que es la equiparación de los inversionistas extranjeros a los Estados. Dicho “igualación” considera a los sujetos soberanos del derecho internacional público como si fueran actores privados, desnaturalizando su responsabilidad social y política con la ciudadanía a la que representa y convirtiéndolos en actores privados, en Estados-empresa. Esta cláusula, otorgó a los inversionistas la posibilidad de realizar verdaderas objeciones a las políticas públicas y legislativas de los países signatarios<sup>132</sup>. Esta propuesta estuvo impulsada fundamentalmente por los Estados Unidos cuya característica diplomática “*desde la segunda mitad del siglo XIX es la defensa de los intereses e integridad física de sus nacionales en el extranjero*”<sup>133</sup>. El modelo TLCAN fue más allá que la simple protección a la inversión extranjera existente, incluyó la eliminación de controles y restricciones, hecho posible por el poco poder de negociación de los países receptores. Estos instrumentos se convirtieron en verdaderos “*contratos de adhesión*”:

*El proceso de liberalización de las inversiones fue mucho más allá de la mera protección de la inversión extranjera ya existente. Incluyó la disminución o la eliminación de medidas y restricciones al ingreso y el funcionamiento de empresas extranjeras (propiedad y control, autorización e información), la reducción de las calificaciones y excepciones para la aplicación de estándares positivos de trato (trato nacional, trato justo y equitativo, transferencia de fondos, transparencia) y un mayor recurso al arbitraje internacional (para la solución de controversias sobre inversiones) con miras a la eliminación de la discriminación percibida contra las empresas extranjeras y la implementación de medidas y políticas que buscan reorientar la operación de los mercados de los países receptores (incluida la política de competencia, la regulación de los monopolios, la supervisión prudencial y divulgación de información en los países receptores, entre otros)*<sup>134</sup>

---

<sup>131</sup> Cánovas, Vega, Gustavo et al. *México, Estados Unidos y Canadá. Resolución de controversias en la era post Tratado de Libre Comercio de América del Norte*. 2005. P 89

<sup>132</sup> Mortimore, Michael. *Arbitraje internacional... Op. Cit.* P23

<sup>133</sup> Cánovas, Vega, Gustavo et al. *México, Estados Unidos y Canadá resolución de controversias en la era post Tratado de Libre Comercio de América del Norte*. 2005. P 89

<sup>134</sup> Mortimore, Michael. *Arbitraje internacional... Op. Cit* P 21

Las cláusulas de arbitraje contenidas en los tratados, acuerdos o convenios, dan una ventaja desproporcionada a los derechos de los inversionistas en detrimento de las políticas del país receptor. El “riesgo”, que era un componente propio de los negocios y de los inversionistas pasa al Estado receptor y asegura al inversor. Como lo señala Michael Mortimore<sup>135</sup>, citando a la UNCTAD, ningún país que sea signatario de un acuerdo internacional de inversión puede estar seguro de que sus medidas no van a ser impugnadas ante un tribunal arbitral, con lo cual la incertidumbre de los negocios dejó de estar del lado de los inversionistas para colocarse del lado de los Estados, que en últimas no es más que la ciudadanía, quienes con nuestros impuestos pagamos las onerosas multas y arreglos a que son sometidos nuestros países. El reciente informe de la UNCTAD de 2015 lo confirma. Allí es señalado que el comportamiento más cuestionado por los inversores contra los Estados eran las **reformas legislativas** en el sector de las energías renovables, las expropiaciones, el trato discriminatorio y la **revocación o denegación de licencias o permisos**<sup>136</sup>.

Podemos ver que los tratados, acuerdos o convenios de comercio e inversión en la nueva estructura jurídica son definitivos para la seguridad jurídica inversora. La mayoría de nuevos casos arbitraje de inversor-Estado invocan como instrumento de protección los tratados bilaterales de inversión (TBI), la mayoría firmados en la neoliberal década de 1990. Podemos observar en los datos ofrecidos la UNCTAD que los tratados más invocados han sido: la Carta de la energía (87 casos), seguido por el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (56 casos), y el Argentina-Estados Unidos (20 casos)<sup>137</sup>.

---

<sup>135</sup> *Ibíd.*

<sup>136</sup> United Nations Conference on Trade and Development UNCTAD “Investor-state dispute settlement: *Review of developments in 2015*” No. 2 June 2016. Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/ISDS%20Issues%20Note%202016.pdf> (consultada el 15 de agosto de 2016)

<sup>137</sup> United Nations Conference on Trade and Development UNCTAD “Investor-state dispute settlement: *Review of developments in 2015*” No. 2 June 2016. Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/ISDS%20Issues%20Note%202016.pdf> (consultada el 15 de agosto de 2016)

Uno de los argumentos más reiterativos a la hora de catapultar estos instrumentos, era la poca confiabilidad que representaban los países del sur; sobre esta premisa se justificó (y se sigue justificando) su existencia. En un primer momento el capital transnacional uso dichos instrumentos internacionales para demandar a los “poco” confiables países del sur pero la última tendencia, ha venido variado pues comienzan a ser demandados los países del norte, aspecto inquietante que, por desgracia, no puede ser evaluado en este documento. Mientras en el 2011, el 58% de las demandas iban dirigidas a países del sur, un 32% contra las economías en transición y un 10% contra países del norte<sup>138</sup>, la tendencia en 2015 marca una fuerte variación; de los nuevos casos iniciados en 2015, el 40% se dirigió contra países desarrollados y según la UNCTAD, es coherente con la tendencia creciente<sup>139</sup>. Allí hay un fenómeno que deberá ser estudiado con elementos que involucren aspectos de la geoeconomía y geopolítica dinámica de la globalización.

Los términos ambiguos de la tratados internacionales y de la jurisprudencia, es una aspecto fuertemente criticado, pues deja un campo demasiado amplio a la interpretación de los árbitros y de la promoción de las demandas promovidas por buffets-élites, que usan las ventajas de la ambigüedad, mientras al Estado le limita su actuación y la generación de políticas públicas. Dicha tensión, ha generado el incremento del número de casos. Las cláusulas que señala Mortimore como responsables de este descalabre lo expresa de la siguiente manera: “*la expropiación indirecta, el trato justo y equitativo, el trato nacional en “circunstancias similares”, el alcance del trato de la nación más favorecida, las definiciones de inversionista e inversión, y cláusulas generales y de estabilización, entre otras.*”<sup>140</sup>

En palabras de Van Harten los principios incluidos en los tratados, han sido interpretados de manera sobreexpansiva y proinversionista, “*{L}os inversionistas extranjeros han mostrado claramente que ellos van a disputar cualquier medida que*

---

<sup>138</sup> Zabalo, Patxi. *América Latina...* Op. Cit.

<sup>139</sup> Investor-State Dispute Settlement... Op. Cit.

<sup>140</sup> Mortimore, Michael. *Arbitraje internacional...* Op. Cit P 36

*provenza del gobierno*,<sup>141</sup> situación que se ve facilitada por las cláusulas ambiguas, interpretadas de manera libre, y sin que exista un órgano que unifique los conceptos jurisprudenciales.

Uno de los conceptos que se ha vuelto recurrente en la firma y ratificación de los tratados, convenios y acuerdos es la “*expropiación indirecta*”<sup>142</sup>, figura traída de la jurisprudencia estadounidense, incluida en el TLCAN, y cuyo contenido se refiere ya no a los actos de gobierno que transfieren el título y la posesión material de los activos, sino a los actos del gobierno que produzcan una “*depreciación significativa del valor*” de los activos, “*pérdida de la administración, el uso o el control*”. Este tipo de inclusión en la hermenéutica de los tratados amplió enormemente los derechos de los inversionistas extranjeros<sup>143</sup>. Usando esta figura los inversionistas buscan protección contra las medidas reguladoras de las autoridades públicas, de manera que, si consideran que una medida de protección ambiental, salubridad, ordenamiento territorial o regulación fiscal afecta de manera negativa su propiedad<sup>144</sup> pueden invocar su protección y llevar al Estado a las cuerdas del arbitraje.

Allí no paran las figuras que favorecen el capital privado. La cláusula de nación más favorecida -en adelante CNM – contenida en gran número de tratados, convenios o

---

<sup>141</sup> Van Harten, Investment treaty... *Op. Cit.* P.63.

<sup>142</sup> Para Mortimore, el debate en torno a la expropiación directa se dio fundamentalmente en la década de los 60 y 70. El debate se zanjó al concluir que la expropiación directa debía hacerse con un fin público, de conformidad con la ley, no discriminatoria, con un pago adecuado y oportuno. Posteriormente el debate se centró en la expropiación indirecta, la cual incluía la expropiación regulatoria y la expropiación progresiva. La primera,- la regulatoria, que acaecen cuando con ocasión de una medida del gobierno que pretende regular tiene impacto en el valor de las inversiones de los extranjeros. La progresiva es más difusa que la anterior, toda vez que son una serie de medidas que modifican las condiciones de la inversión de manera negativa, sin que haya una medida específica, que lleve a la expropiación. Para el autor, esto puede llevar a una parálisis normativa ya que cualquier norma regulatoria podría tener impacto en el valor de la propiedad privada, situación negativa en tanto un Estado puede evitar expedir normativas regulatorias legítimas por temor a las demandas. Con la entrada en vigencia del TLCAN, la discusión se centró en la función social de la propiedad y la protección a la inversión. Por un lado los Estados europeos se mostraban proclives a la función social, aunque en la práctica coincidieran con la propuesta de los Estados Unidos de protección a la inversión y responsabilidad de indemnizar por parte del estado receptor. Para Mortimore pocos textos abordaron de manera directa la diferencia entre las regulaciones legítimas que afectando el patrimonio de los inversionistas no daban lugar a indemnización y cuáles no, con lo cual la definición de este aspecto crucial se dejó en manos de los tribunales de arbitraje, los cuales con la interpretación del TLCAN dejaron claro que los términos ambiguos daban lugar a la “*excesiva discrecionalidad*”

<sup>143</sup> Mortimore, Michael. *Arbitraje internacional...* *Op. Cit.* P. 24

<sup>144</sup> Zabalo, Patxi. *América Latina...* *Op. Cit.*

acuerdos, tiene el efecto de beneficiar a todos los inversores de las disposiciones que le sean más favorables y que estén contenidas en otro instrumento del que no es parte. Así, el país receptor no puede otorgar un trato menos favorable que el que le otorga a un tercer Estado, su función es doble, por un lado el trato igualitario a todos los inversores independientemente de su origen<sup>145</sup>, y la más importante, como mecanismo de armonización del derecho a la protección de los inversionistas<sup>146</sup>. Una de las controversias más sonadas frente a esta cláusula ha sido su aplicación sustantiva y procesal. De este modo, se vio la interpretación amplia de su propia jurisdicción por parte de los árbitros<sup>147</sup>. La primera vez que se dio esta interpretación fue en el asunto de la Argentina Maffezzini contra España, caso en el que el tribunal del CIADI se declaró competente, con fundamento en la CNM, contemplada en el tratado entre España y Chile que, por demás, no preveía la obligación de acudir en primera instancia a los tribunales nacionales<sup>148</sup>. Pero para que no quepan dudas al libre juego de los árbitros, en el caso de Salini contra Jordania, la decisión fue contraria.

Otra cláusula, la del trato nacional, al igual que la CNM, también ha sido usada para proteger al inversionista invocando evitar el trato discriminatorio. Según este principio, no se le puede dar un trato menos favorable a los inversionistas extranjeros que a los nacionales en situaciones similares. La interpretación de esta cláusula también ha estado marcada por pronunciamientos contradictorios sin que haya lugar a certezas sobre su alcance.

Una de las cláusulas vertebrales de los tratados ha sido el trato justo y equitativo que según Mortimore “*es una de las obligaciones más importantes (...) absoluta y no contingente*”. A pesar de ser una de las cláusulas más invocadas en los litigios arbitrales, su interpretación y significado exacto se determina en cada caso. Citando a la

---

<sup>145</sup> Masiá, Fernández Enrique. “Una relación compleja: competencia de los tribunales arbitrales y los tratados de protección y promoción de inversiones”. *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje= Zuzenbide prozesala ta arbitraia euskal aldizkaria* 18.1 (2006): 1-20.

<sup>146</sup> *Ibid.*

<sup>147</sup> Mortimore, Michael. *Arbitraje internacional... Op. Cit* P. 40

<sup>148</sup> Masiá, Enrique. *Una relación compleja... Op. Cit.*

OCDE Mortimore recuerda que para algunos, la vaguedad del término fue intencional para dotar a los árbitros de la posibilidad de articular una diversidad de principios que lograra el propósito de los tratados en determinadas circunstancias, el trato justo y equitativo no ha sido sistematizado en una única fórmula o norma jurídica. Recalca que esta disposición puede aplicarse en diversas situaciones, pues los tribunales arbitrales han empleado esta norma de manera ascendente para otorgar indemnizaciones, aun cuando no se vean afectadas otras normas o principios. Retomando la publicación de la UNCTAD de 2005, Mortimore refiere que el trato justo y equitativo ya no es solo el abuso notorio por parte de los gobiernos sino,

*un uso abierto y deliberado del poder público, que no cumpla con los requisitos de la buena gobernanza, como la transparencia, la protección de las expectativas legítimas de los inversionistas la libertad ante la coerción y el acoso, el debido proceso y los cánones procesales, y la buena fe.*<sup>149</sup>

Otros de los mecanismos para ampliar la protección de las empresas en el caso de los árbitros es el denominado “*forum shopping*” y “*Umbrella clause*”. El primero de ellos concepto tomado del derecho internacional privado, de origen estadounidense, cuya traducción sugerida es “*búsqueda de un foro de conveniencia*”<sup>150</sup>, el cual consiste en búsqueda de un foro en el que las leyes utilizadas o la jurisprudencia usada por el tribunal sea de mayor conveniencia para quien interpone la acción<sup>151</sup>. Es la elección del foro más conveniente. En la práctica en asuntos que tiene que ver con inversores extranjeros, consiste en buscar instalar filiales en los países que tengan convenios, acuerdos o tratados que más les convenga para quedar cobijados por el instrumento e instaurar la acción arbitral y así para tener la jurisdicción más favorable a sus intereses.

El segundo consiste en la inclusión de cláusulas generales en los convenios, tratados acuerdos en las cuales se prevé una protección amplia, ejemplo de ellas “*cualquier controversia relativa a las inversiones*”, “*cumplirá los compromisos que puede haber*

---

<sup>149</sup> Mortimore, Michael. *Arbitraje internacional... Op. Cit* P 38

<sup>150</sup> Espinar Vicente, José María. *Derecho Internacional Privado*. Publicación electrónica de la Universidad de Alcalá de Henares. Disponible en: [http://ec.europa.eu/translation/bulletins/puntoycoma/79/pyc796\\_es.htm](http://ec.europa.eu/translation/bulletins/puntoycoma/79/pyc796_es.htm) (consultado el 20 de agosto de 2016)

<sup>151</sup> Comisión Europea. Red Judicial Europea en materia civil y mercantil. Glosario. Disponible en: [http://ec.europa.eu/civiljustice/glossary/glossary\\_es.htm#ForumShop](http://ec.europa.eu/civiljustice/glossary/glossary_es.htm#ForumShop) (consultado el 20 de agosto de 2016)

*entrado a ", "Garantizará en todo momento el cumplimiento de los compromisos que ha contraído", "Cumplirá los compromisos que ha asumido"*<sup>152</sup>. Con estas cláusulas amplias, controversias surgidas con ocasión del incumplimiento de un contrato, encuentran amparo más allá de los pactos contractuales. Así, si un contrato preveía que un incumplimiento debía ser tramitado en primera instancia en los tribunales nacionales, puede ser llevado directamente a un tribunal arbitral en virtud de una cláusula sombrilla incluida en un acuerdo, tratado o convenio<sup>153</sup>.

La tendencia de la jurisprudencia arbitral gira hacia el enfoque de las expectativas de los inversionistas. En breve, los tratados, convenios y acuerdos firmados entre países han conllevado a un verdadero ordenamiento elaborado y aplicado privado, en consonancia con intereses económicos dominantes. Instrumentos internacionales que terminan fomentando un sistema de seguridad a las empresas transnacionales en clave de inmunidad legislativa<sup>154</sup>.

### **5.3. Los Tribunales de Arbitraje**

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones CIADI creado a instancia del Banco Mundial, es la única institución establecida específicamente para dirimir los conflictos entre inversores extranjeros y Estados, pero no es la única que conoce de tales litigios<sup>155</sup>. Diversas instituciones creadas inicialmente para resolver conflictos entre particulares, posteriormente aplicaron las mismas reglas para las divergencias con los Estados<sup>156</sup>. La Comisión de Naciones Unidas para el Desarrollo

---

<sup>152</sup> OECD Working papers on international investment 20016/03. Yannaca-Small, Katia. "Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements." (2006). Disponible en: [https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2006\\_3.pdf](https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2006_3.pdf) (consultado 21 agosto de 2016)

<sup>153</sup> Masiá, Enrique. *Una relación compleja...* Op. Cit.

<sup>154</sup> Fernández Rozas. Derecho de los negocios OP. Cit. P. 42

<sup>155</sup> Agirrezabalaga, Iñigo *El arbitraje OP. Cit.* P 160

<sup>156</sup> Zabalo, Patxi. América Latina... Op. Cit..

Mercantil internacional CNUDMI/UNCITRAL, la Cámara de Comercio de Estocolmo, la Corte Permanente de la Haya, la Cámara de Comercio Internacional de París, la Corte de Arbitraje Internacional de Londres, el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC, el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo y diversos centros regionales, componen el entramado de instituciones arbitrales a nivel mundial. De todas estas, tan solo el CIADI dispone de un sistema de información público del registro de las demandas, pero consecuente con el sistema de intereses privados solo cuenta con información limitada<sup>157</sup>. Una de las características de estas entidades es su carácter secreto, en caso que las partes no quieran hacer público su diferencia. A pesar de estar discutiendo asuntos públicos la ciudadanía no podrá conocer dicho contenido. Así la telaraña de diversos acuerdos, convenios y tratados se cierra a la institucionalidad privada que la respalda, son apenas algunas de las entidades a las cuales puede acudir un inversor para solicitar el arbitraje.

El CIADI está compuesto por un Consejo de Administración, integrado por los representantes de los Estados contratantes, una secretaría, una lista de conciliadores y otra de árbitros. Para cada litigio se eligen dos árbitros, uno propuesto por el inversor, otro por el Estado demandado, y el tercero, que funge como presidente, es nombrado de común acuerdo de la lista suministrada por el CIADI. De no haber acuerdo es el CIADI el que procede a realizar el nombramiento. Es el mismo tribunal el que decide sobre su competencia<sup>158</sup> y su laudo es de obligatorio cumplimiento como si se tratara de una sentencia en firme dictada por un tribunal Estatal<sup>159</sup>. La sola firma del convenio no es suficiente para someter los litigios al CIADI se debe tener un instrumento adicional, y es ahí donde adquieren relevancia los tratados, acuerdos, convenios; es un régimen de reconocimiento y ejecución “*extremadamente sencillo*” dado que todos los laudos son eximidos de “*todo exequátor*”<sup>160</sup>, yendo más allá de lo dispuesto en el convenio de

---

<sup>157</sup> *Ibíd.*

<sup>158</sup> Agirrezabalaga, Iñigo *El arbitraje OP. Cit.* P 161

<sup>159</sup> Convenio de Washington de 1965, artículo 54 numeral 1

<sup>160</sup> Agirrezabalaga, Iñigo *El arbitraje OP. Cit.* . P 176



Nueva York de 1958 sobre reconocimiento de sentencias. “*Con relación al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, los artículos 53, 54 y 55 de la Convención de Washington son lex specialis respecto de la Convención de Nueva York por tanto la Convención de Washington se aplica sin consideración a la Convención de Nueva York*<sup>161</sup>”. Uno de los aspectos de mayor fortaleza del CIADI es la no aceptación de argumentos conducentes al desconocimiento de los laudos arbitrales, basta con la copia del laudo y la verificación que haga el Estado receptor, sobre la autenticidad del laudo<sup>162</sup> para que deba ser aplicado.

En septiembre de 1978 el consejo administrativo del CIADI adoptó el *mecanismo complementario*, como respuesta a los inversores que manifestaban que el centro era demasiado restrictivo al poner como condición que el Estado del inversor como el Estado receptor debían ser parte del Convenio. El mecanismo complementario sirve para administrar las controversias que quedan fuera del ámbito de aplicación del convenio<sup>163</sup>, un ejemplo emblemático es México, que sin ser parte ha tenido que enfrentar varios procesos. Al igual que los árbitros, por este medio el Centro amplió su jurisdicción y competencia. Con la doctrina Calvo y Drago en América latina los únicos países que se adscribieron al CIADI en la década de los sesenta fueron “*Jamaica, Trinidad y Tobago, y Guyana*”, en la primera mitad de los años ochenta se incorporaron 3 Estados más y entre 1989 y el 2003, hasta 24.

La base de datos de la UNCTAD es la que ofrece las cifras más completas, pero en realidad pueden ser poco significativos, pues como se ha señalado, son parciales y no permiten ver la dimensión real del fenómeno, estos datos son solo el iceberg de la situación que acentúa una de las principales características del sistema ISDS: la falta de transparencia. Se configura así una estructura jurídica con una fuerte asimetría para el

---

<sup>161</sup> Jana Linetsky, Andrés & Klein Kranenberg, Johanna. (2008). “La convención de Nueva York y el CIADI Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales bajo la Convención de Washington. EN: Abeledo Perrot (Ed.). El Arbitraje Comercial Internacional, Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50° aniversario. Tawil, Guido Santiago & Zuleta, Eduardo. Buenos Aires”, citado por: Ciro, Raúl Alberto Gallardo. "El futuro próximo del arbitraje de inversiones en Colombia." *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales* 7.7 (2014): 167-197.

<sup>162</sup> Ciro Gallardo. *El futuro próximo del arbitraje...* Op. Cit.

<sup>163</sup> Agirrezabalaga, Iñigo *El arbitraje OP. Cit.* . P 164

control público. Por un lado, el sistema internacional de los derechos humanos, económicos, sociales, culturales y del medio ambiente no cuentan con un sistema internacional directo y efectivo, y por otro, el sistema de solución de diferencias del CIADI o la OMC y el sistema de arbitraje previsto en los tratados, acuerdos o convenios de comercio e inversión “*sitúan los derechos de las empresas transnacionales en planos jerárquicamente superiores a los derechos de las mayorías sociales*”<sup>164</sup>.

El CIADI es el centro más influyente en la resolución de controversias y vive momentos en que cientos de ojos se posan sobre su actividad, con ciertas críticas. Para quienes defienden el arbitraje, esto hace parte de una especie de estrategia para, “*quitarle legitimidad al sistema concebido por la Convención de Washington*”<sup>165</sup>, para quienes concebimos este mecanismo como un privilegio de elites, es sólo el resultado de numerosos laudos controvertidos que afectan amplios sectores de la sociedad de manera negativa.

#### **5.4. Modificaciones o lavado de cara en el marco del TTIP al arbitraje inversor-Estado**

Las recientes negociaciones del Tratado Transatlántico de Comercio e Inversiones (TTIP) entre la Unión Europea y Estados Unidos (TTIP) han suscitado profundos debates frente a los tres pilares que lo hacen un tratado de nueva generación: “*el acceso al mercado, las cuestiones reglamentarias y barreras no arancelarias (BNA), y la producción de normas comunes de obligado cumplimiento, incluyendo un mecanismo de solución de controversias inversor-Estado (ISDS)*”<sup>166</sup>. Los acuerdos comerciales han

---

<sup>164</sup> Plaza, Beatriz y Pedro Ramiro “Justicia privatizada El Estado español y los mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado” P31 y ss *Observatorio de Multinacionales en América Latina (OMAL) – Paz con Dignidad*. Disponible en: [http://omal.info/IMG/pdf/justicia\\_privatizada\\_-\\_informe\\_final.pdf](http://omal.info/IMG/pdf/justicia_privatizada_-_informe_final.pdf) (consultada el 01 de agosto de 2016)

<sup>165</sup> Ciro Gallardo. *El futuro próximo del arbitraje...* Op. Cit.

<sup>166</sup> Guamán, Adoración “Los mecanismos de resolución de controversias entre inversores y Estados (ISDS)”. *Espacio público*. Disponible en <http://www.espacio-publico.com/solo-la-ciudadania-puede-frenar-la-grave-amenaza-del-ttip#comment-5102> (consultada el 14 de julio de 2016)

adquirido gran relevancia en las campañas políticas de Estados Unidos y la Unión Europea, especialmente, por los mecanismos ISDS. Fruto de los debates planteados por sectores de la sociedad y las manifestaciones ciudadanas, la Comisión Europea se vio avocada a realizar una consulta sobre los ISDS. El resultado fue contundente, los mecanismos ISDS fueron considerados una amenaza para la democracia, las finanzas y las políticas públicas debido a la dudosa imparcialidad de los árbitros. En consecuencia las críticas recibidas, el parlamento Europeo elaboró y presentó recomendaciones a la Comisión Europea:

*sustituir el mecanismo de resolución de litigios entre inversores y Estados por un nuevo sistema para resolver las diferencias entre los inversores y los Estados que esté sujeto a los principios y el control democráticos, en que los posibles asuntos sean tratados de forma transparente por jueces profesionales, independientes y designados públicamente en audiencias públicas, y que incluya un mecanismo de apelación en el que se garantice la coherencia de las decisiones judiciales, se respete la jurisdicción de los tribunales de la UE y de los Estados miembros y los intereses privados no puedan menoscabar los objetivos en materia de políticas públicas<sup>167</sup>*

Así, la Comisaria de la Unión Europea presentó la propuesta de modificación en clave de “modernización del antiguo sistema de resolución de conflictos”, pero dichas reformas no están destinadas a resolver las carencias sino a dotar de legitimidad un sistema nocivo para los pueblos.

Primero, aclarar que las propuestas presentadas por la Comisión Europea, son eso, - propuestas. Segundo, que a pesar de no estar incluidas y/o aprobadas, ya se han presentado reacciones adversas como la de la Cámara de Comercio de Estados Unidos que manifestó su total desacuerdo con las formulas presentadas<sup>168</sup>.

La propuesta culmen presentada por la Comisión Europea está encaminada al establecimiento de un tribunal permanente internacional con dos instancias, una de primera instancia y otra de apelación, creado en virtud del acuerdo y al margen de las normas y principios de derecho público y privado, que no formaran parte del poder

---

<sup>167</sup> *Ibíd.*

<sup>168</sup> Hernández, Zubizarreta Juan. “El TTIP y la propuesta de modificación de los tribunales arbitrales”. *América Latina en Movimiento*. Disponible en: <http://www.alainet.org/es/articulo/172678> (Consultada el 14 de agosto de 2016)

judicial. La proposición también busca reformar la designación de los árbitros, - llamados por la comisión “jueces”-, para que se haga de manera pública por parte de Europa como de Estados Unidos y su nominación sea fundada en la competencia técnica y jurídica. De igual manera, busca la inclusión de un régimen de incompatibilidades, reglas para la asignación de honorarios, duración del mandato, establecimiento de un sistema de publicidad del proceso. Asimismo, busca la inclusión de la salvaguarda de los Estados de regular las políticas públicas y establecer una serie de supuestos sobre los cuales los privados pueden demandar a los Estados y la incorporación de una amplia definición de “inversión” y los derechos asociados a ella<sup>169</sup>.

Estas recomendaciones nos muestran el rey desnudo. Dejan en evidencia las profundas falencias del sistema, que ha sido ampliamente defendido por sectores académicos, juristas, gobiernos y Estados, quienes no han perdido oportunidad de señalar a los sectores críticos, como nostálgicos de un sistema anacrónico y cuyas críticas carecían de fundamento. Sin embargo, debo resaltar que en este caso es la Comisión Europea la que señala algunos de los defectos insoportables del sistema; aspectos que son sólo la cumbre del problema, pero que dejan intacta la base de un sistema profundamente injusto.

Por el solo hecho de reconocer que este sistema tiene los defectos señalados por la Comisión Europea, deberían ser razón suficiente para promover su eliminación como sistema de resolución de controversias entre inversor y Estado. Para los sectores críticos estas modificaciones son una operación de maquillaje. Ninguna de estas modificaciones ataca la finalidad del mecanismo, que es el privilegio de tener una instancia especial para los inversores extranjeros, que los libera de los mínimos riesgos y el cumplimiento de las legislaciones nacionales e internacionales. Así lo señala Juan Hernández<sup>170</sup>:

---

<sup>169</sup> Solá, Paños, Pilar. “Bruselas edulcora los mecanismos de arbitraje para intentar salvar el TTIP”. *contexto y acción*. Disponible en: <http://ctxt.es/es/20151014/Politica/2537/TTIP-tribunales-de-arbitraje-ISDS-Comisi%C3%B3n-Europea-OMC.htm> (Consultado el 14 de agosto de 2016)

<sup>170</sup> Hernández, Zubizarreta Juan. “El TTIP y la propuesta de modificación de los tribunales arbitrales”. *América Latina en Movimiento*. Disponible en: <http://www.alainet.org/es/articulo/172678> (Consultada el 14 de agosto de 2016)

- Se mantiene el privilegio otorgado a las Empresas Transnacionales para demandar a los Estados en instancias internacionales, y, la imposibilidad de los Estados de demandar a las ET.
- Las personas y pueblos que sufren las vulneraciones de sus derechos no pueden acudir a instancias internacionales para que sean protegidos sus derechos.
- La propuesta hecha por la Comisión Europea continúa con la práctica de ignorar los derechos humanos, económicos, sociales, culturales y medioambientales; los árbitros-jueces, deben principalmente aplicar las normas de comercio e inversiones, en otras palabras *la Nueva Lex Mercatoria*.
- La predicada seguridad jurídica como privilegio de los inversores. Este principio jurídico en el marco de la *Nueva Lex Mercatoria* no aplica para los pueblos y su territorio.
- Las normas que respaldan los derechos de las Empresas Transnacionales y la interpretación de los principios contenidos en tratados, convenios y acuerdos seguirán siendo interpretada de manera sobreexpansiva y proinversionista.
- Al mantener el sistema arbitral previsto en el Acuerdo Económico y Comercial Global entre la UE y Canadá (CETA), implica que las Empresas Transnacionales a través de filiales puedan activar el sistema arbitral tradicional.

La propuesta de la Comisión Europea no ha tenido en cuenta propuestas más completas como las que han trabajado Estados como India, Indonesia y Sudáfrica que proponen una regulación que incluye obligaciones para los inversionistas teniendo en cuenta las legislaciones de los países de origen y de los países de destino de la inversión. Propuestas que pretenden la protección de los derechos humanos, sociales, culturales y ambientales frente a las normas de comercio e inversión, y la redefinición de conceptos como: *“inversión, del tratamiento justo y equitativo, de la expropiación y del mecanismo de solución de diferencias. A su vez, se plantean las obligaciones de los inversionistas relacionadas con la corrupción, el derecho a la soberanía de los*

*Estados, el derecho al desarrollo, la rendición de cuentas, la protección de la salud y el conjunto de los derechos sociales*<sup>171</sup> ”.

Desde hace varios años, las críticas se han manifestado para exigir la modificación del sistema de los ISDS, un mecanismo que ha permitido a los inversionistas evadir los tribunales nacionales como regla<sup>172</sup>. Sólo hasta ahora se plantea esta discusión que toma más relevancia en el seno de los países que controlan el destino de la economía mundial. Cuando el arbitraje se separa de los controles democráticos, de la justicia, de la opinión pública se convierte en un mecanismo paraestatal que controla los asuntos del Estado desde fuera de su propia soberanía. Esta discusión, parece tener una primera apertura crítica más contundente a la institución arbitral que había gozado de un cierto lugar sacrosanto.

### **5.5. Lucro, amenaza y criminalidad: casos prácticos de la industria del arbitraje inversor-Estado**

La reseña de casos pretende ejemplificar algunos de los conceptos anteriormente descritos y evidenciar la preeminencia que en la práctica tiene la *Nueva Lex Mercatoria* sobre todos los demás derechos. Además, mostrar que esta práctica ya no distingue entre Estados del Norte o del Sur. Era común que se justificara la existencia del arbitraje de inversiones porque los países receptores de la inversión eran subdesarrollados y no dignos de credibilidad<sup>173</sup>, pero con el tiempo esta afirmación perdió sustento con el desarrollo de la práctica arbitral. Las demandas han dejado miles de millones en indemnizaciones, pagadas con los impuestos de la ciudadanía, cuyo

---

<sup>171</sup> Hernández, Zubizarreta Juan. “El TTIP y la propuesta de modificación de los tribunales arbitrales”. *América Latina en Movimiento*. Disponible en: <http://www.alainet.org/es/articulo/172678> (Consultada el 14 de agosto de 2016)

<sup>172</sup> Van Harten, Gus. "Reformando el régimen de inversión del TLCAN." Disponible en : <https://pdfs.semanticscholar.org/7595/29c4155a8664c4b88c268419ef1a25962276.pdf> (consultado el 29 de marzo de 2016)

<sup>173</sup> Chaparro Matamoros, Pedro. “El arbitraje celebrado ante el CIADI”. *Juris Tantum Revista Boliviana de Derecho* 18 (2014): 182-203. Disponible en: <http://www.scielo.org.bo/pdf/rbd/n18/n18a09.pdf> (consultado el 12 de agosto de 2016)

efecto más difícil de tasar o percibir, es el “congelamiento regulatorio” del que somos víctimas a nivel global<sup>174</sup>.

Para personas como Selwyn Seidel, la industria del arbitraje es un negocio floreciente. Hay abogados que monitorean las leyes de todo el mundo con el propósito de ser objetadas por empresas extranjeras por medio del arbitraje. Reconoce que los mecanismos ISDS son procesos costosos y largos, y por tanto, no todas las personas pueden acudir a ellos. En esta situación señala Selwyn que es un negocio que prolifera con dos partes, un inversionista interesado que quiere demandar y no tiene los recursos suficientes y un inversionista que quiere financiar el litigio<sup>175</sup>.

La industria del litigio de arbitrajes es de alta rentabilidad por su riesgo, los actores implicados y por las ganancias que suelen ser bastante considerables. Inversores del litigio como *Burford: Litigation Finance and Litigation Funding Firm* en 2011 aumentó en nueve veces su capital. Esta firma anuncia en su página que las finanzas del arbitraje han crecido y resalta que aumenta la legitimidad de parte de la jurisprudencia de la financiación de litigios<sup>176</sup>. La competencia británica *Juridica Investments Ltd* en el periodo de 2011 incrementó sus ganancias en un 578%<sup>177</sup>, y se describe así misma como una entidad innovadora en el mercado de la valoración de demandas<sup>178</sup>. El Informe realizado por el *Corporate Europe Observatory y Transnational Institute*, sobre el

---

<sup>174</sup> Uno de los casos citados es el caso Ethyl, en el cual el Estado canadiense reculó en su intención de controlar la mezcla de la sustancia MMT con la gasolina, por las posibles consecuencias que podrían traer para la salud de los niños especialmente. Así mismo emitió un comunicado en el que aseguraba que el MMT no era perjudicial para la salud e indemnizó con 13 millones de dólares estadounidenses, suma que superaba el presupuesto anual para el medio ambiente en Canadá ver: Van Harten, Gus. "Reformando el régimen de inversión del TLCAN." Disponible en: <https://pdfs.semanticscholar.org/7595/29c4155a8664c4b88c268419ef1a25962276.pdf> (consultado el 29 de marzo de 2016)

<sup>175</sup> Chris Hamby, “The court that rules the world” *BuzzFeedNews* 2016 Disponible en: [https://www.buzzfeed.com/chrishamby/super-court?utm\\_term=.fvxBxpWv2#.fcxg4pdx](https://www.buzzfeed.com/chrishamby/super-court?utm_term=.fvxBxpWv2#.fcxg4pdx) (consultado el 29 de agosto de 2016)

<sup>176</sup> *Ibid.*

<sup>177</sup> Germany TV. Documentary “Konzerne Klagen-wir zahlen 2015. Dispínible en <https://www.youtube.com/watch?v=YV2NZ9MQh0w> (consultado el 16 de junio de 2016)

<sup>178</sup> *Juridica Investments Ltd*. Disponible en <http://www.juridicainvestments.com/about-juridica/our-public-policy-statement.aspx> (consultada el 30 de agosto de 2016)

arbitraje internacional inversor-Estado demuestra las cifras desproporcionadas que se manejan en este nuevo negocio:

*El auge de la industria del arbitraje está generando unos beneficios astronómicos para una élite de abogados especializados en inversiones; el dinero sale de los impuestos de los ciudadanos. Los costos legales y arbitrales de una disputa inversor-Estado se sitúan, como promedio, en más de 8 millones de USD, aunque en algunos casos superan los 30 millones de USD. Las firmas de élite que llevan los casos cobran hasta 1.000 USD por hora y abogado, y en muchos casos se necesita de todo un equipo. Los árbitros también reciben salarios cuantiosos; en un caso concreto este llegó hasta casi un millón de USD. Todos estos costos son financiados con los impuestos de los contribuyentes, incluso en países donde hay personas sin acceso a servicios básicos. Por ejemplo, con los 58 millones de USD que el Gobierno filipino gastó en defenderse de dos demandas presentadas en su contra por el operador aeroportuario alemán Fraport, se podrían haber pagado los salarios de 12.500 profesores durante todo un año o vacunado a 3,8 millones de niños y niñas contra enfermedades como la tuberculosis, la difteria, el tétanos y la polio<sup>179</sup>.*

Es una industria que se beneficia del auge de las demandas de inversión, además de fomentar e invitar a otras empresas a demandar, por medio de las financieras procesales que engrasan el sistema de demandas. En este escenario hasta la crisis del euro es fuente de negocio, en la insolvencia de Grecia así lo hizo saber el bufete *Luther* con el anuncio “*el inversor no tiene que limitarse a lo que el Estado le ofrece por el recorte*”, y la sugerente pregunta de si Grecia era la nueva Argentina<sup>180</sup>.

En un reciente informe de *BuzzFeed News*, el periodista Chris Hamby<sup>181</sup>, tras 18 meses de seguimiento, centenares de entrevistas y miles de documentos reveló una de las caras más oscuras del arbitraje ISDS: mostró que los fallos reiteradamente respaldan los intereses privados y conllevan a la injerencia de políticas públicas. Pero una de las caras menos conocida de este mecanismo y mucho más repulsiva es que “*empresas y ejecutivos acusados o condenados por crímenes han escapado al castigo*” acudiendo a

---

<sup>179</sup> Pia Eberhardt y Cecilia Olivet, “*Cuando la injusticia es negocio. Cómo las firmas de abogados, árbitros y nanciadores alimentan el auge del arbitraje de inversiones*”. Corporate Europe Observatory y Transnational Institute, 2012. p. 7

<sup>180</sup> Germany TV. Documentary “*Konzerne Klagen-wir zahlen*”. 2015. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=YV2NZ9MQh0w> (consultado el 16 de junio de 2016)

<sup>181</sup> Chris Hamby, fue premio pulitzer en 2014, por su trabajo en periodismo investigativo por su trabajo en el que develó que un grupo de abogados crearon un sistema para negar los servicios de salud a mineros que tenían problemas de salud.



este foro especial<sup>182</sup>. Uno de los primeros datos relevantes del informe demuestra que de 300 reclamaciones realizadas durante los últimos 5 años, 35 de ellas han sido elevadas por empresas acusadas de actividad criminal, incluyendo lavado de dinero, malversación, manipulación de acciones, soborno, guerra, especulación y fraude. Indemnización por millones de dólares, una investigación criminal archivada y el retiro de los cargos penales o la orden de un tribunal arbitral a un Estado para detener el caso criminal mientras el arbitraje estaba pendiente, son algunos de los beneficios recibidos<sup>183</sup>.

### **Caso DAMAC contra Egipto**

Hussain Ali Sajwani presidente ejecutivo de DAMAC Properties, (compañía de promoción de la propiedad en el Oriente Medio, con sede en Dubai, Emiratos Árabes Unidos) había sido procesado y condenado por los tribunales del gobierno egipcio, al probarse que durante el gobierno de Hosni Mubarak había realizado transacciones fraudulentas sobre tierras estatales en connivencia con altos funcionarios corruptos que lesionaban los intereses de los egipcios. Entre otros delitos, se trataba de venta de tierras a menosprecio, pagando sólo algo más del 30% de su valor real y que no fueron sufragados en su totalidad. Sajwani fue condenado a 5 años de prisión. Una semana después de producirse la condena, junto con sus abogados acudieron al ISDS invocando los tratados dejados por Mubarak como herencia. Afirmaban los abogados que *“ningún crimen fue cometido por simplemente llevar acabo negocios con el régimen anterior”*. Para presionar el caso Hussain Ali contrató algunos de los mejores abogados amenazando de llevar el caso al arbitraje internacional. El gobierno llegó a un acuerdo confidencial en el que DAMAC le pagó una suma desconocida. Esto no fue todo, el beneficio clave es que a cambio de abandonar el ISDS, el estado de Egipto levantaría la sentencia de prisión. Con este antecedente, según los defensores de derechos humanos egipcios, el país llegó a la conclusión que, exponer los casos de corrupción del régimen

---

<sup>182</sup> Hamby, Chris. “The court that rules the world” *BuzzFeedNews* 2016. Disponible en: [https://www.buzzfeed.com/chrishamby/super-court?utm\\_term=.fvxBxpWv2#.fcxg4pdxxy](https://www.buzzfeed.com/chrishamby/super-court?utm_term=.fvxBxpWv2#.fcxg4pdxxy) (consultado el 29 de agosto de 2016)

<sup>183</sup> *Ibíd.*

de Mubarak podía llevarlos a tribunales internacionales, con lo cual era mejor callar y dejar esos delitos tal como estaban. Girgis Abd el Shahid, un abogado que representa clientes corporativos manifestó: “creo que después de DAMAC, Egipto aprendió su lección”.

En otro caso, un tribunal egipcio había declarado que la compra de una fábrica estatal se había llevado a cabo por medios fraudulentos, otro caso de corrupción. Ante esta declaración la empresa condenada inició una demanda ISDS y el gobierno se comprometió a pagar el doble del precio que la compañía había pagado sólo unos pocos años antes. La lección de los egipcios fue entonces, como lo señalaba el árbitro nacional Ahmed el Kosheri, que la ciudadanía (inocente) pagaría los errores del régimen corrupto<sup>184</sup> y las empresas y sus directivos saldrían beneficiados económica y “judicialmente”.

### **Baterías Record contra El Salvador**

Con la instalación en 1997, de la fábrica de Baterías de El Salvador S.A. de C.V. conocida como *Baterías Récord* (en el municipio de San Juan de Opico Cantón Sitio del Niño) inició un proceso de envenenamiento de la tierra y sus pobladores<sup>185</sup>. Los efectos evidentes empezaron con muertes repentinas, menores con graves problemas de desarrollo físico, adultos con graves afecciones. Todas las afecciones asociadas al envenenamiento de plomo, así lo confirmarían más tarde diversos estudios. El Ministerio del Medio Ambiente halló grados de saturación del 300% en el agua vertida, la Universidad de El Salvador encontró que en los sitios de descarga y alrededores había 134 partes de millón de plomo, excediendo los máximos legales permitidos (0.69 partes por millón). El Ministerio de ambiente había hecho 18 recomendaciones técnicas para corregir el daño, pero no fueron realizadas, razón por la cual en 2007 el Ministerio de Salud del Salvador ordenó el cierre de la fábrica, entre otras razones, por no contar

---

<sup>184</sup> *Ibid.*

<sup>185</sup> *Ibid.*

con los permisos de funcionamiento desde 2005<sup>186</sup>. La fiscalía por su parte, en 2008 ordenó la captura de los propietarios y el embargo de cuentas y propiedades<sup>187</sup>, por contaminación ambiental agravada. La captura no se hizo efectiva porque los implicados habían huido hacia Estados Unidos, país que negó la extradición al considerar que los delitos ambientales no hacían parte del Tratado de Extradición firmado por ambos países.

Muchas denuncias por corrupción y dilación en el proceso salieron a lo largo del proceso a la luz pública, pero una herramienta menos conocida y más efectiva estaba lista para reforzar la impunidad del caso de contaminación en el Salvador: el Arbitraje Internacional inversor-Estado. La Empresa invocó ante el gobierno del Salvador el ISDS, contemplado en el Tratado de Libre Comercio de Centroamérica, a modo de amenaza, a pesar que los implicados eran nacionales de El Salvador. El reconocido árbitro Jonathan Hamilton, de la afamada firma *White & Case*, envió una carta al gobierno de El Salvador en el año 2009 en la cual se le “informaba” la intención de la Empresa de acudir al mecanismo ISDS por la “*expropiación sin propósito público*”, la búsqueda de “*procesos penales ilegales*”, el trato injusto, la imposición de sanciones ilegales discriminatorias con la empresa y sus directivos y la exigencia de una alta indemnización<sup>188</sup>.

Según el informativo *BuzzFeed News* el abogado de la causa penal Arturo Girón, manifestó que era necesario reforzar el caso y advertirle al gobierno que de no resolver el caso, la compañía haría dicho movimiento. Uno de los abogados defensores de la comunidad señaló que la amenaza del ISDS les fue comentada en las reuniones con la

---

<sup>186</sup> Revista envío digital, Universidad Centroamericana UCA, Disponible en: <http://www.envio.org.ni/articulo/3680> (consultada el 30 agosto de 2016)

<sup>187</sup> Galeas, Geovani. “Crónica de una infamia múltiple:” *La página* 2015. disponible en: <http://www.lapagina.com.sv/nacionales/106302/2015/05/04/Cronica-de-una-infamia-multiple> (consultada el 30 de agosto de 2016)

<sup>188</sup> Chris Hamby, “The court that rules the world” *BuzzFeedNews* 2016 Disponible en: [https://www.buzzfeed.com/chrishamby/super-court?utm\\_term=.fvxBxpWv2#.fcxg4pdx](https://www.buzzfeed.com/chrishamby/super-court?utm_term=.fvxBxpWv2#.fcxg4pdx) (consultado el 29 de agosto de 2016)

fiscalía general y los abogados de la fábrica quienes les indicaban que incluso si ganaban en los estrados internos ellos acudirían a las instancias internacionales<sup>189</sup>.

Los compromisos adquiridos por la Empresa fueron mínimos. Una resolución de la Corte Suprema de Justicia ordenó al propio gobierno del Salvador (Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales) a costear el saneamiento ambiental que ronda los 4 millones de dólares<sup>190</sup> mientras las acciones penales decayeron por prescripción<sup>191</sup>. Los pobladores respondieron con acudir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>192</sup> pero es evidente que sus fallos no tienen poder sobre actores empresariales o un mecanismo de cumplimiento obligatorio de sus sentencias. Finalmente, por medio de los impuestos, las mismas víctimas con sus impuestos pagarán los daños de la Empresa.

### **Century Bank- Indonesia**

Rafat Ali Rizvi y Hesham al-Warraq, gerentes del *Century Bank* de Indonesia, fueron procesados y condenados a quince años de prisión por la malversación de más de 300 millones de dólares, luego de que el Banco fuera rescatado por el gobierno en 2008. Un estudio de *The Brattle Group*, reconocida firma de consultoría, afirmó que los “Rizvi y al Warraq trataban el banco como una alcancía personal”<sup>193</sup>.

El proceso penal se inició en ausencia de los implicados, quienes sólo enviaron a sus abogados, y una vez terminado el proceso y en firme la condena, se emitió una circular

---

<sup>189</sup> *Ibid.*

<sup>190</sup> Beltrán Mario. “La millonaria limpieza de tóxicos que pagará el pueblo y no Baterías Record”. *Revista Gato Encerrado*, 2016 disponible en: <http://elsalvadortrespuntocero.com/la-millonaria-limpieza-de-toxicos-que-pagara-el-pueblo-y-no-baterias-record/> (consultado el 30 agosto de 2016)

<sup>191</sup> La Prensa Gráfica, Fiscal: Caso Baterías Record está cerrado porque ya prescribió. Disponible en: <http://www.laprensagrafica.com/2015/02/17/fiscal-caso-baterias-record-esta-cerrado-porque-ya-prescribio> (consultado el 30 agosto de 2016)

<sup>192</sup> Diario Co Latino, Caso de contaminación ambiental por plomo de la Récord irá a la CIDH. Disponible en: <http://www.diariocolatino.com/caso-de-contaminacion-ambiental-por-plomo-de-la-record-ira-a-la-cidh/> (consultado el 30 de agosto de 2016)

<sup>193</sup> Chris Hamby, “The court that rules the world” *BuzzFeedNews* 2016 Disponible en: [https://www.buzzfeed.com/chrisamby/super-court?utm\\_term=.fvxBxpWv2#.fcxg4pdx](https://www.buzzfeed.com/chrisamby/super-court?utm_term=.fvxBxpWv2#.fcxg4pdx) (consultado el 29 de agosto de 2016)

roja de la Interpol para darles captura. En este escenario al Warraq, acudió por medio de un reconocido abogado del mundo del arbitraje, George Burn, al mecanismo ISDS de una manera controvertida. Usando la cláusula de nación más favorecida contenida en un tratado entre Indonesia y Arabia Saudita, donde residía Al Warraq, invocó el trato justo y equitativo incluido en el pacto de las Naciones islámicas. George Burn, alegó ante el tribunal arbitral que Indonesia había cometido errores de procedimiento en la notificación de los acusados, al no probar que habían sido notificados de manera correcta según los estándares internacionales, y que era una maniobra política para aplacar los ánimos de la ciudadanía tras el rescate del banco.

A pesar que el tribunal no probó que el proceso tuviera intereses políticos y de reconocer que los acusados habían infringido normas internas, determinó que Indonesia “había cometido errores de procedimiento y que se violó el derecho de al-Warraq a un trato justo”, no concedieron ninguna indemnización debido a que al warraq había violado normas internas. Con este fallo, el abogado Burn acudió a un colega suyo ex empleado de Interpol, Rutsel Martha, quien ahora litiga en contra de la entidad que fuera su empleadora. Rutsel Martha con el laudo arbitral solicitó a la Interpol que suprimieran las circulares rojas y de los perfiles de riesgo, por estar violando el derecho internacional. Por su parte, el representante legal del gobierno Indonesio, Cahyo Muzhar, encargado del caso, lamenta que el esfuerzo de su equipo no ha dado lugar a la recuperación de un solo dólar del rescate, señalando que los acusados no eran inversores honestos sino sujetos que robaron el dinero del pueblo<sup>194</sup>.

### **Clayton/Bilcon contra Canadá**

*Claytons and Bilcon of Delaware Inc.*, (Bilcon) son inversores de Estados Unidos que poseen acciones y controlan una subsidiaria canadiense llamado *Bilcon of Nova Scotia* y quienes planearon a cabo desarrollar una cantera y una terminal marítima. En la península de Nueva Escocia, Canadá, *Bilcon* planeó llevar a cabo el proyecto “Whites Point project” para la extracción de basalto, negocio que amenazaba los parajes turísticos y la industria pesquera tradicional de la población. Los vecinos al advertir el

---

<sup>194</sup> *Ibid.*

peligro ambiental y social que suponía el desarrollo del proyecto solicitaron al gobierno de Canadá una Evaluación Ambiental (EA). La comisión de expertos concluyó que los impactos eran tan graves que no podrían ser compensados, por tener un impacto ambiental significativo y adverso en los valores centrales de la comunidad; por lo tanto el proyecto extractivo no se inició.

Bilcon consideró que dicho proceder atentaba contra el trato nacional, nivel mínimo de trato y nación más favorecida y solicitó un tribunal de arbitramento ante CNUDMI, en 2008. La compañía alega que no está en contra de la EA, previa para iniciar el proyecto, sino que considera que la regulación ambiental de Canadá fue aplicada de manera arbitraria, discriminatoria e injusta. El 17 de marzo de 2015, la mayoría del tribunal concluyó que Canadá había infringido el nivel mínimo de trato, el cual exige que los inversores extranjeros sean tratados de conformidad con el nivel mínimo del derecho internacional consuetudinario “trato justo y equitativo y plena protección y seguridad”, así mismo que había infringido el trato nacional, por no probar que a otros proyectos nacionales se les había exigido la EA. La reclamación se hizo por un valor de 101 millones de dólares, la cual se encuentra aún en disputa, pues el gobierno canadiense ha impugnado la decisión ante la Corte Federal de Canadá por considerar que el tribunal excedió los términos del acuerdo de arbitraje<sup>195</sup>.

### **Vettenfall contra Alemania**

El accidente nuclear de Fukushima creó gran conmoción a nivel internacional como una de las peores catástrofes ambientales de la historia reciente y encendió las alarmas de la ciudadanía alemana. Dicha motivación hizo que la ciudadanía alemana se movilizara para exigirle a su gobierno el cese y/o control de las plantas de producción de energía nuclear. En acuerdo, los tres partidos más representativos de Alemania y después de haber verificado el estado de seguridad de las plantas nucleares, se ordenó el cierre de las plantas construidas antes de 1980, una medida de legítima regulación tendiente a garantizar los derechos a la salud de la ciudadanía y el medio ambiente. Las Empresas

---

<sup>195</sup> Government of Canada. Global Affairs Canada. NAFTA - Chapter 11 – Investment. Disponible en <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/diff/clayton.aspx?lang=eng> (consultado el 25 de agosto de 2016)

alemanas recurrieron al tribunal constitucional para impugnar la decisión pero la Empresa Vattenfall –una de los principales generadores de electricidad y gas en Europa- aprovechando el privilegio de ser una inversora extranjera demandó a Alemania en instancias internacionales con fundamento en la Carta de Energía.

Vattenfall ya había recurrido al arbitraje internacional contra Alemania en el caso Moorburg, ocasionado por la construcción de una planta térmica de carbón, construida al lado del río Elba en Hamburgo y que con ocasión de los estudios recientes sobre cambio climático habían movido a las instituciones europeas a modificar la legislación ambiental. Vattenfall alegó ante el tribunal arbitral del CIADI, que la regulación del senado de Hamburgo era incompatible con los tratados internacionales- la carta de energía-<sup>196</sup>. Este asunto fue zanjado con un arreglo entre el Estado alemán y Vattenfall el cual no tuvo publicidad, y consistió en rebajar la regulación ambiental a tal punto que ahora Alemania (Hamburgo) enfrenta una demanda de la Comisión Europea, por considerar que las medidas tomadas en el acuerdo señalado, contradicen el derecho ambiental europeo.

Aunque no existe aún el fallo de Vattenfall en el caso de las plantas nucleares, es evidente que la instancia internacional de arbitraje se convierte en un privilegio de las empresas transnacionales y una oportunidad para saltar la legislación ambiental nacional y europeo. El antecedente de Vattenfall le da confianza para una iniciar un nuevo proceso para obtener ganancias por vía arbitral. El asunto, como en los demás casos, demuestra que el arbitraje se ha convertido en una herramienta de amenaza y de chantaje, y sobre todo, de una oportunidad de mejorar los negocios cuando no es posible continuar por la vía corriente.

### **Crisis como oportunidad: el caso España**

Las crisis son terreno fértil para el negocio del litigio arbitral inversor-Estado. España es otro ejemplo de la anterior afirmación. Entre los años 2013 a 2015, se

---

<sup>196</sup> Der Spiegel on line international. *Vattenfall vs. Germany: Power Plant Battle Goes to International Arbitration*. By Sebastian Knauer disponible en: <http://www.spiegel.de/international/germany/vattenfall-vs-germany-power-plant-battle-goes-to-international-arbitration-a-636334.html> (consultada el 10 de agosto de 2016)

presentaron 23 demandas contra el reino de España ante el CIADI. Todas se fundamentaron en los recortes en las primas al sector de las energías renovables y con fundamento en la carta de la energía<sup>197</sup>. Los recortes producto de la crisis fueron sufridos por toda la ciudadanía, los gastos de salud y educación fueron reducidos de manera considerable. La ciudadanía los padece, pero los grandes inversores y especuladores tienen el privilegio de demandar ante instancias internacionales, por una expropiación indirecta, calculando de manera estimatoria, los recursos que han dejado de percibir con la modificación de la norma<sup>198</sup>.

En este capítulo ISDS, no se trata de daños sufridos o de expropiaciones en el sentido clásico de la palabra sino que como lo señalaba el fallo Metalclad en contra de México, del Tribunal Superior de Columbia Británica, la expropiación en el marco del TLCAN *“incluye interferencia en cubierto o incidental con el uso de propiedad que tiene el efecto de privar al dueño, de manera total o en cuanto a una parte importante, del uso de un beneficio económico que de manera razonable se puede esperar de una propiedad.”*<sup>199</sup>

Destaca de las demandas contra España que los inversores pequeños a pesar de sufrir los recortes, sólo han podido acudir a los tribunales nacionales, en los cuales ya se les negaron las peticiones<sup>200</sup>, y no pueden, en principio, acudir a los mecanismos ISDS por ser nacionales del Estado contratante y adicionalmente, por costoso y largo.

En este caso, el sector afectado es la generación de energías renovables. Pero llama la atención que buena parte de las entidades que han usado el arbitraje ISDS, no son entidades que tienen como fin u objeto la investigación y generación de soluciones para

---

<sup>197</sup> Plaza, Beatriz y Pedro Ramiro “Justicia privatizada El Estado español y los mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado” P31 y ss *Observatorio de Multinacionales en América Latina (OMAL) – Paz con Dignidad*. Disponible en: [http://omal.info/IMG/pdf/justicia\\_privatizada\\_-\\_informe\\_final.pdf](http://omal.info/IMG/pdf/justicia_privatizada_-_informe_final.pdf) (consultada el 01 de agosto de 2016)

<sup>198</sup> *Ibíd.*

<sup>199</sup> Van Harten, Gus. "Reformando el régimen de inversión del TLCAN." Disponible en : <https://pdfs.semanticscholar.org/7595/29c4155a8664c4b88c268419ef1a25962276.pdf> (consultado el 29 de marzo de 2016)

<sup>200</sup> Plaza Beatriz y Pedro Ramiro, *Justicia Privatizada... Op. Cit.* P35 y ss



la transición energética, sino sociedades de inversores que buscan lucrarse de las ayudas ofrecidas por el gobierno<sup>201</sup>.

---

<sup>201</sup> Ibidem 35 ss

## 6. CONCLUSIONES

### **El derecho desde arriba**

El derecho global anacional o *Nueva Lex Mercatoria* marca un hito en la arquitectura jurídica del mundo. Supone la construcción de un modelo jurídico supranacional, anacional y paraestatal que tiene la capacidad de esquivar las columnas legislativas, y judiciales de los Estados para tratar los asuntos de las inversiones extranjeras directas. Se trata de un fenómeno que escapa al control ciudadano, a la opinión pública, a los poderes constituidos del Estado, a la soberanía estatal, pero por su propia naturaleza define la vida de los pueblos, los ecosistemas, la configuración del poder estatal y la soberanía nacional. En palabras sencillas, es un derecho supranacional de clase alta, patriarcal y occidental que juega en favor de los intereses económicos del capital transnacional.

El arbitraje internacional de inversiones en este andamiaje, es el mecanismo determinante para darle efectividad procesal al contenido de la *Nueva Lex Mercatoria*. Los tribunales arbitrales internacionales de inversiones son instituciones que en la gran mayoría de los casos se encuentran fuera del territorio nacional donde se producen las inversiones, están libres de cualquier sujeción a constituciones nacionales, códigos, leyes, jueces estatales, órganos de veeduría, o instancias procesales de revisión (como la segunda instancia usada en los tribunales estatales). Son instituciones sin control y con un poder inmenso que decide sobre la vida de los pueblos, sus territorios y ecosistemas. Especialmente riesgosas porque están jurídicamente motivadas para proteger el interés económico de las inversiones y no para defender el cuidado y protección de la ciudadanía o la naturaleza.

La teoría moderna del derecho clásico y la ciencia política, se preocuparon constantemente porque el Estado fuera una maquinaria compuesta por poderes divididos, que se vigilaran unos a los otros y conformados por personas que fueran elegidos en las urnas. Aunque evidentemente, la dirección del Estado ha sido controlada por grupos sociales no cabe duda que el debate contra el Estado (la toma del Estado o la presión) representaban el lugar por excelencia donde culminaba la política moderna. El

Estado estaba aquí y ahora, de diferente manera, difuminado en relaciones de poder (si se quiere en tono de Foucault) y allí, tanto en el derecho como en la política, existían unas reglas establecidas que le permitía a la persona luchar contra aquello que consideraba nefasto para su vida. Buena parte de la historia moderna de los movimientos sociales ha sido la lucha contra la política encarnada por la maquinaria estatal y los grupos sociales que los dirigían. Con la *Nueva Lex Mercatoria*, parte considerable de lo que determina la vida humana se define lejos de su territorio y sin que exista un referente al que se pueda enfrentar porque incluso, cuando se logra vencer el poder del Estado en el caso de las inversiones realizados por las empresas transnacionales, el Estado termina aceptando las indemnizaciones que imponen los árbitros. Este nuevo derecho anacional, se encuentra tan arriba, desde arriba y para los de arriba, que supone un reto sin precedentes para el derecho crítico y la movilización política de los de abajo.

La *Nueva Lex Mercatoria* y el arbitraje internacional de inversiones como su expresión jurisdiccional es la evolución de la cultura jurídica concebida por las empresas transnacionales. La influencia de dichas empresas sobre los Estados, incluso con los poderosos, es muy fuerte y se expresa cada vez más en los laudos arbitrales que favorecen la cultura económica del capital transnacional. Esta nueva cultura jurídica se caracteriza por desechar las concepciones jurídicas que tenían origen en el pueblo como poder constituyente. Durante mucho tiempo, la fuerza constituyente y el poder constituido han sido elementos claves en la filosofía del derecho para entender porqué aceptamos ciertas normas constitucionales. A pesar que era criticado el poder constituido siempre existía en el poder constituyente la posibilidad de refundar el Estado, el derecho y las instituciones. La *Nueva Lex Mercatoria* ha logrado impedir dicha discusión desfigurando la concepción del Estado moderno y la política, y convertirlo en un ser económico, en un *homo economicus* de la sociedad económica que debe ser manejado como una empresa.

En este contexto, el arbitraje internacional de inversiones es el poderoso poder judicial transnacional que tiene apresado a cientos de países del mundo. El trabajo no se hubiera logrado si las potencias internacionales de occidente no hubieran generado tratados, acuerdos y convenios y los gobernantes de países dependientes no los hubieran

aceptado engañando a sus pueblos con la promesa de atraer inversiones extranjeras para la promesa del siglo: el desarrollo. El auge de la institución arbitral de inversiones se encuentra en las cláusulas de dichos textos internacionales que son cada vez más recurridos por la efectividad para resolver controversias en las que inevitablemente se ve envuelto el capital transnacional. Una vez está el manto de los tratados, acuerdos y convenios, las empresas multinacionales acuden a la institución arbitral para ventilar sus controversias, sabiendo de antemano que los laudos arbitrales le suelen ser favorables.

Si bien el arbitraje como institución juega como una pieza en la *Nueva Lex Mercatoria* es necesario reconocer que los actores que le dan sentido y la dinamizan provienen de élites interesadas en privilegiar los negocios transnacionales de dichas empresas. Un grupo reducido y elitista de abogados especializados en inversiones se ha consolidado de la mano de fuertes vínculos personales y comerciales con empresas transnacionales. Los abogados expertos en inversiones han servido muchas veces para promocionar y asesorar gobiernos en la firma de tratados y acuerdos y luego han ido a trabajar como árbitros o como abogados litigantes, en clave de “puerta giratoria”. Además, las sumas que cobran los abogados y los árbitros son astronómicas y pagadas por la ciudadanía mientras los laudos arbitrales están basados en esa pertenencia de clase y de concepción de la defensa del interés económico estando en contra de los beneficios públicos y comunes. El arbitraje y todo el conjunto de bufetes y árbitros, pertenecen a países del Norte y a élites mundiales. Es una institución de clase para una clase, que por su naturaleza se aleja de las personas, los ecosistemas o los derechos que tengan los pueblos en cualquiera de los pleitos.

### **El derecho desde abajo**

Ya no podemos decir que las indemnizaciones provenientes de los laudos arbitrales descienden sobre los países llamados subdesarrollados y su ciudadanía. Las decisiones arbitrales caen sobre los pueblos del mundo, en el norte como en el sur, en los países poderosos como los dependientes (aunque no en proporciones iguales) y a favor de los grandes capitales transnacionales. Estamos ante una globalización desde arriba que por medio de la *Nueva Lex Mercatoria* encabezada por las empresas transnacionales, hiperburguesías y grupos sociales de élite (bufetes de abogados, asesores, árbitros) se

dirige contra la gente del común, la ciudadanía de a pie, aquellas que representan la globalización desde abajo. Dicha afirmación abre un gran interrogante ¿son acaso los subalternos inmóviles, pasivos o expectantes ante la historia que les avasalla? Aquello nunca ha sido así. Con altos y bajos, con mejores o peores resultados, los “de abajo” se enfrentan a los de arriba. Algunas experiencias provenientes de la actividad política y social de la ciudadanía y organizaciones sociales podrían enfrentarse a la *Nueva Lex Mercatoria* o Ley Global Anacional. Con la reseña de algunas alternativas damos por terminado estas conclusiones.

Debemos señalar que no se cuenta con una estructura internacional y transnacional “desde abajo” como la promovida por los grandes capitales que hemos explicado aquí con detalle, tampoco con sus recursos financieros, técnicos, militares y menos en sus alcances. Sin duda es una pelea desigual si se compara en los mismos términos. Sin embargo, debemos anotar que los movimientos sociales, algunos Estados con gobiernos progresistas, organizaciones no-gubernamentales, grupos sociales y étnicos, han también llevado sus acciones más allá de las fronteras por medio de una actividad transnacional que ha buscado generar un nuevo derecho global a favor del común, de los pobres y excluidos.

Podemos hablar de dos movimientos de las últimas décadas de la llamada globalización desde abajo. El primero, el activismo como tal y el segundo, el intento de generar una “estructura” jurídica global desde los pueblos. El activismo internacional se ha concentrado en movilizar las luchas de actores sociales y políticos hacia organismo internacionales de derechos humanos y medio ambientales para el reconocimiento de leyes, la presión sobre los Estados o actores específicos o la motivación para la creación de Declaraciones Internacionales a favor de sus derechos vulnerados en el territorio. Este activismo transnacional se caracteriza por la unión de diferentes actores para compartir información, conocimiento especializado, formación en técnicas de cabildeo, desarrollo de campañas de denuncia, acompañamiento para la intervención e incidencia política en las instituciones internacionales y también apoyo financiero. Autores como

Kathryn Sikkink, Margaret Keck<sup>202</sup> y Sidney Tarrow hablan de esta interacción entre actores no-estatales, Estados e instituciones internacionales que impactan con fuerza la política internacional, mientras generan redes estructuradas. Esta formación de redes es posible por el fuerte activismo que incluye “no solo a activistas y defensores transnacionales sino también a ejecutivos empresariales, juristas y funcionarios internacionales y a los funcionarios nacionales en contacto regular con ellos”<sup>203</sup>. Estos actores son conocidos como *cosmopolitas arraigados* los cuales son, “individuos y grupos que movilizan recursos y oportunidades nacionales e internacionales para plantear reivindicaciones en representación de actores externos, en contra de oponentes externos o en pos de objetivos compartidos con alianzas transnacionales”<sup>204</sup>. Esta actividad tiene como característica la fuerza estructurante de una sociedad civil global que trabaja por sus objetivos políticos en el marco de estructuras de la política internacional que sirven a “la acción colectiva, les proporciona mayores recursos y oportunidades y los lleva a unirse en coaliciones y campañas transnacionales”<sup>205</sup>. En resumidas cuentas, es una actividad transnacional de sectores sociales y políticos que desde abajo buscan influir para cambiar en el edificio internacional existente, aspectos puntuales que les son de vital importancia para defender sus derechos.

La segunda variable es la apuesta por estructuras transnacionales que fuera de los regímenes interestatales buscan enfrentar la amenaza de la globalización neoliberal. Con la creciente interacción global se han generado iniciativas importantes como el Foro Social Mundial (FSM) que desde el año 2001 en Brasil se ha encargado de reunir a la sociedad civil del mundo en talleres, conferencias, expresiones artísticas, etc., para tratar asuntos contemporáneos como el desarrollo social, economía solidaria, medio ambiente, derechos humanos y democratización. Es un escenario transnacional que ha pasado por periodos difíciles como de alto clímax, pero que aún subsiste.

---

<sup>202</sup> Margaret Keck, y Kathryn, Sikkink. *Activistas sin fronteras: Redes de defensa en política internacional*, México, D.F.: Siglo XXI editores, 2000.

<sup>203</sup> Sidney, Tarrow, *El nuevo activismo transnacional*. Barcelona: Hacer, 2010, P.33.

<sup>204</sup> *Ibíd.*, 33.

<sup>205</sup> *Ibíd.*, 5

El Tribunal Permanente de los Pueblos –TTP- es quizás, por la corporeidad jurídica que toma, la estructura más parecida –aunque de forma invertida- a la *Nueva Lex Mercatoria* y los tribunales arbitrales. Por supuesto, no tiene el mismo alcance porque sus fallos no son vinculantes con el Estado, organismos internacionales o empresas transnacionales, sin embargo, representa una “institución” del poder constituyente global que busca enfrentarse al poder neoliberal. Se trata de un tribunal de carácter no gubernamental que se desenvuelve como un “tribunal de opinión”. Su origen se enmarca en el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad que los Estados Unidos cometieran en la guerra del Vietnam contra su pueblo, mejor conocido como el Tribunal Russel. Erika González describe la historia del TTP de la siguiente manera:

*El Tribunal Permanente de los Pueblos (TPP) representa la continuación de los Tribunales Russell, también de carácter ético, que juzgaron los crímenes de lesa humanidad cometidos en Vietnam por Estados Unidos (1966-1967) y en las dictaduras de América Latina (1974-1976). Precisamente, la creación del TPP fue la respuesta ante la reclamación social, hecha por representantes latinoamericanos, de constituir un espacio permanente donde los pueblos pudieran encontrarse y presentar los casos de violaciones de sus derechos fundamentales. La Fundación Internacional Lelio Basso por el Derecho y la Liberación de los Pueblos recogió la petición y constituyó este tribunal en Bolonia en el año 1979<sup>206</sup>.*

El objetivo del TTP es promover la denuncia de casos de violación de los derechos humanos que el Estado no reconoce o no enfrenta para su defensa. Las empresas transnacionales tienen un especial lugar en el desarrollo de la historia del tribunal porque son actores que, como hemos visto, tienen compromiso con violación de derechos fundamentales, derechos ambientales, etc. En breve, el TTP sirve para promover la justicia que no es dada por el Estado y pone en consideración de la opinión pública y de las organizaciones sociales y políticas argumentos jurídicos que a su vez sirven para movilizar sus luchas y demandas.

Pese al volumen creciente de activismo internacional como de espacios que van más allá de las fronteras, el poder de las empresas transnacionales traducido en aparatos jurídicos es evidente. No queda otra alternativa mas que, mantener el desarrollo de las

---

<sup>206</sup> González, Erika, Tribunal Permanente de los Pueblos, en: Juan Hernández Zubizarreta, Erika González y Pedro Ramiro (eds.), *Diccionario crítico de empresas transnacionales Subtítulo: Claves para enfrentar el poder de las grandes corporaciones*. Editorial: Icaria Colección: Antrazyt, 2012.2012. Disponible en: [omal.info/spip.php?article4857](http://omal.info/spip.php?article4857)

iniciativas, su fortalecimiento, la creación de contextos favorables para que los movimientos sociales y sus organizaciones cuenten con todos los elementos posibles para mejorar las condiciones de sus luchas. En otras palabras, no debemos ser pesimistas con el poder del capital transnacional, sabemos que los cambios se gestan con acumulados de experiencia que son tejidos con nuestras propias herramientas. Esta investigación tiene la aspiración de contribuir al mejor conocimiento del poder y a través de ello, enfrentarlo. No se puede olvidar que la creación de contextos ha favorecido a la historia de los pueblos y muchas veces diez años pueden pasar en solo uno, se trata de las transformaciones.



## 7. BIBLIOGRAFÍA

Agirrezabalaga Iruretagoiena, Iñigo. *El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras*. Bosch, 2010.

Aramayo, María Silvia e Ibarreche Sastre, Rafael. "*Mecanismos de heterocomposición de conflictos: del arbitraje a los ADR*". *Introducción al Derecho del arbitraje y mediación*. Ratio Legis, 2006.

Beltrán Mario. "La millonaria limpieza de tóxicos que pagará el pueblo y no Baterías Record". *Revista Gato Encerrado*, 2016. Disponible en: <http://elsalvadortrespuntocero.com/la-millonaria-limpieza-de-toxicos-que-pagara-el-pueblo-y-no-baterias-record/>.

Berger, Klaus Peter. *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*. Austin/Boston/Chicago/New York: Kluwer Law International, 2010.

Cadena Afanador, Walter René. "Impacto en Colombia de la Lex Mercatoria", *Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas*, vol. 7, núm. 12, enero-junio, 2007, pp. 1-21, Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.

Cairns, David, y Cremades, Bernardo M. "El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores". *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2002

Cánovas Vega, Gustavo et al. *México, Estados Unidos y Canadá resolución de controversias en la era post Tratado de Libre Comercio de América del Norte*. 2005.

Chaparro Matamoros, Pedro. "El arbitraje celebrado ante el CIADI." *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho* 18 (2014): 182-203. Disponible en: <http://www.scielo.org.bo/pdf/rbd/n18/n18a09.pdf>

Charles, Lipson. *Standing Guard: Protecting Foreign Capital in the Nineteenth and Twentieth Centuries*. Los Angeles: University of California Press, 1985.

Christopher, Tugendhat. *Las empresas multinacionales*. Madrid: Alianza Editorial, 1979.

Ciro Gallardo, Raúl Alberto. "El futuro próximo del arbitraje de inversiones en Colombia." *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales* 7.7 (2014): 167-197. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5167619>.

Comisión Europea. Red Judicial Europea en materia civil y mercantil. Glosario. Disponible en: [http://ec.europa.eu/civiljustice/glossary/glossary\\_es.htm#ForumShop](http://ec.europa.eu/civiljustice/glossary/glossary_es.htm#ForumShop)

De Benito, Marco y Huerta de Soto, Sonsoles. "El arbitraje internacional como orden jurídico espontáneo." *Revista del Club Español del Arbitraje* 22 (2015): 113-127.

Der Spiegel on line international. *Vattenfall vs. Germany: Power Plant Battle Goes to International Arbitration*. By Sebastian Knauer (Jul, 2009) disponible en: <http://www.spiegel.de/international/germany/vattenfall-vs-germany-power-plant-battle-goes-to-international-arbitration-a-636334.html>

Diario Co Latino, *Caso de contaminación ambiental por plomo de la Récord irá a la CIDH* (Feb, 2015) disponible en: <http://www.diariocolatino.com/caso-de-contaminacion-ambiental-por-plomo-de-la-record-ira-a-la-cidh/>

Dunning John H. y Alan M. Rugman, "The Influence of Hymer's Dissertation on the Theory of Foreign Direct Investment", *The American Economic Review*, Vol. 75, No. 2, Papers and Proceedings of the Ninety-Seventh Annual Meeting of the American Economic Association (May, 1985), pp. 228-232, Stable URL: <http://www.jstor.org/stable/1805601>

Espinar Vicente, José María. *Derecho Internacional Privado*. Publicación electrónica de la Universidad de Alcalá de Henares. Disponible en: [http://ec.europa.eu/translation/bulletins/puntoycoma/79/pyc796\\_es.htm](http://ec.europa.eu/translation/bulletins/puntoycoma/79/pyc796_es.htm)

Estavillo Castro, Fernando. "Mecanismos alternativos de solución de controversias." *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM* (2005): Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/26/pr/pr25.pdf>

Esteva, Gustavo. "Diccionario del desarrollo." *Una guía del conocimiento como poder, W. SACHS (editor), PRATEC, Perú, (primera edición en inglés en 1992)* (1996).

Fernández de la Gandara, Luis y Calvo Caravaca, Alfonso Luis. "Derecho mercantil internacional." *Editorial Tecnos. Madrid* (1995)

Fernández Rozas, José Carlos, Arenas García, Rafael y De Miguel Asensio, Pedro Alberto. "Derecho de los negocios Internacionales" *editorial iustel. Madrid* (2009).

Gaillard, Emmanuel. *Teoría jurídica del arbitraje internacional*. Limusa, Mexico D.F. 2012.

Galeas, Geovani. "Crónica de una infamia múltiple:" *La página* (May, 2015). Disponible en: <http://www.lapagina.com.sv/nacionales/106302/2015/05/04/Cronica-de-una-infamia-multiple>

Garay, Ane, "Inversión Extranjera Directa" en: *Diccionario crítico de empresas transnacionales. Claves para enfrentar el poder de las grandes corporaciones*, editado por Hernández Zubizarreta, Juan, González, Erika y Ramiro, Pedro. Icaria 2012.

Germany TV. Documentary "Konzerne Klagen-wir zahlen. (Nov, 2015). Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=YV2NZ9MQh0w> .

González de Cossio, Francisco. “El árbitro homenaje al doctor Rodolfo Cruz Miramontes” *Biblioteca Jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM*. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2552/17.pdf> .

González, Erika, Tribunal Permanente de los Pueblos, en: Hernández Zubizarreta, Juan Erika González y Pedro Ramiro (eds.), *Diccionario crítico de empresas transnacionales Subtítulo: Claves para enfrentar el poder de las grandes corporaciones*. Editorial: Icaria Colección: Antrazyt, 2012. Disponible en: [omal.info/spip.php?article4857](http://omal.info/spip.php?article4857)

Government of Canada. Global Affairs Canada. NAFTA - Chapter 11 – Investment. Disponible en: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/clayton.aspx?lang=eng>

Grande, Silvana. *La Lex mercatoria en los laudos de la Cámara de Comercio Internacional*. Díkason, Año 22, Num, 17, 199-244. Chía, Colombia, Diciembre de 2008.

Granell Trías, Francisco. *Las empresas multinacionales y el desarrollo*. Barcelona: Ariel Editorial, 1974.

Guamán, Adoración. Los mecanismos de resolución de controversias entre inversores y Estados (ISDS). (Jul, 2015). Disponible en: <http://www.espacio-publico.com/solo-la-ciudadania-puede-frenar-la-grave-amenaza-del-ttip#comment-5102>

Gutiérrez, Cerda Hugo. *Mitos de la sociedad moderna: un negocio lucrativo*. Ecoe Ediciones, 2013.

Hague Conference on private international law: disponible en <https://www.hcch.net/es/about>

Hamby, Chris. “The court that rules the world” *BuzzFeedNews* (Ago,2016). Disponible en: [https://www.buzzfeed.com/chrishamby/super-court?utm\\_term=.xgjpmvk63#.nWRZNRm2x](https://www.buzzfeed.com/chrishamby/super-court?utm_term=.xgjpmvk63#.nWRZNRm2x)

Hernández Zubizarreta, Juan. “El TTIP y la propuesta de modificación de los tribunales arbitrales”. *América Latina en Movimiento*. (Sep, 2015). Disponible en: <http://www.alainet.org/es/articulo/172678>

Hernández Zubizarreta, Juan, González, Erika y Pedro, Ramiro (eds.), *Diccionario crítico de empresas transnacionales Subtítulo: Claves para enfrentar el poder de las grandes corporaciones*. Editorial: Icaria Colección: Antrazyt, 2012.

Hernández Zubizarreta, Juan y Pedro, Ramiro. *Contra la lex mercatoria. Propuestas y alternativas para dismantelar el poder de las empresas transnacionales*. Barcelona: Icara. Más Madera.

International Institute for the unification of private law. History and overview. (May, 2016) Disponible en: <http://www.unidroit.org/about-unidroit/overview>

Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2015. United Nations-UNCTAD. (Jun, 2016) Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Publications/Details/144>

Keck, Margaret y Kathryn, Sikkink. *Activistas sin fronteras: Redes de defensa en política internacional*, México, D.F.: Siglo XXI editores, 2000.

La Prensa Gráfica. Fiscal: Caso Baterías Record está cerrado porque ya prescribió. (Feb, 2015) Disponible en: <http://www.laprensagrafica.com/2015/02/17/fiscal-caso-baterias-record-esta-cerrado-porque-ya-prescribio>

Le Monde Diplomatique. *Una OTAN de la economía. Revista punto de vista número 8*. UNED-Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2015.

Ledo Nass, Alvaro. "Los antecedentes y las fuentes del arbitraje internacional" *Petróleos de Venezuela PDVSA: Ponencias - El otro lado del arbitraje internacional de inversiones* Disponible en: <http://www.pdvsa.com/interface.sp/database/fichero/free/4997/636.PDF>

López Ruiz, Francisco "Notas sobre la nueva *lex mercatoria*", *Revista de Derecho del Mercado Financiero, Working Paper, 1, 2007*.

Martínez Botero, Juan Carlos. "Educación Superior en Colombia: Una crítica al Neoliberalismo." *Manizales Centro de investigaciones sociojuridicas Universidad de Caldas*, 2011.

Masiá Fernández, Enrique. "Una relación compleja: competencia de los tribunales arbitrales y los tratados de protección y promoción de inversiones." *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje= Zuzenbide prozesala ta arbitraia euskal aldizkaria* 18.1 (2006): 1-20

Mortimore, Michael. "Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe." *CEPAL, 2009*. P21. Disponible en: [http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4583/1/S0900332\\_es.pdf](http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4583/1/S0900332_es.pdf)

Nye Jr, Joseph S. *La paradoja del poder norteamericano*, Taurus, Madrid, 2003.

Nye Jr, Joseph S. Prefacio y capítulo 5 "el Poder blando y la Política exterior americana", en *Soft Power*, Public Affairs, New Hampshire, 2004, ps. IX-XIII y 127-147. Publicado en *Relaciones Internacionales*, núm. 14, junio de 2010 GERI – UAM.

OECD Working papers on international investment 20016/03. Yannaca-Small, Katia. "Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements." (2006). Disponible en: [https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2006\\_3.pdf](https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2006_3.pdf)

Plaza, Beatriz y Pedro, Ramiro "Justicia privatizada El Estado español y los mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado" *Observatorio de*

*Multinacionales en América Latina (OMAL) – Paz con Dignidad.* (2016) Disponible en: [http://omal.info/IMG/pdf/justicia\\_privatizada\\_-\\_informe\\_final.pdf](http://omal.info/IMG/pdf/justicia_privatizada_-_informe_final.pdf)

Parra, José Joaquín. "Formulación de la Doctrina Drago y su Influencia Política y Jurídica." *Petróleos de Venezuela PDVSA: Ponencias - El otro lado del arbitraje internacional de inversiones* P: 12 y ss. Disponible en: <http://www.pdvsa.com/interface.sp/database/fichero/free/4999/638.PDF>

Pia, Eberhardt y Olivet, Cecilia, "Cuando la injusticia es negocio. Cómo las firmas de abogados, árbitros y nanciadores alimentan el auge del arbitraje de inversiones". Corporate Europe Observatory y Transnational Institute, 2012.

Revista envío digital, Universidad Centroamericana UCA, (Nov, 2007) Disponible en: <http://www.envio.org.ni/articulo/3680>

Rodríguez, Cesar y Uprimny, Rodrigo. ¿Justicia para Todos o Seguridad para el Mercado? El Neoliberalismo y la Reforma Judicial en América Latina. EN: RESTREPO, Darío (ed.): La Falacia Neoliberal. Bogotá, Ediciones Antropos, 2003.

Rodríguez Garavito, César y Santos, Boaventura De Sousa, *Derecho y Globalización desde abajo*. Barcelona: Anthropos, 2007.

Rozas Fernández, José Carlos. *Ius mercatorum: autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*. 2004.

Santos, Boaventura De Sousa. *Sociología jurídica crítica: Para un nuevo sentido común en el derecho*. En Clave del Sur. Bogotá: ILSA, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 2009.

Sassen, Saskia. *Territorio, autoridad y derechos. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*. Madrid: Katz Editores, 2010.

Solá Paños, Pilar. "Bruselas edulcora los mecanismos de arbitraje para intentar salvar el TTIP". *Contexto y acción*. (Oct, 2015) Disponible en: <http://ctxt.es/es/20151014/Politica/2537/TTIPtribunalesdearbitrajeISDSComisi%C3%B3n-Europea-OMC.htm>

Steger, Manfred B. y Roy, Ravi. *Neoliberalismo. Una breve introducción*. Madrid Alianza Editorial, 2011.

Suárez Suárez, Andrés. *Capitalismo y multinacionales*. Madrid: Ediciones Pirámide, 2004.

Suñé, Natasha. "Arbitraje en América Latina. Consideraciones en materia de inversiones." *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión* (2015): P 191 191-21 Disponible en: <http://revistastpr.com/index.php/rstpr/article/viewFile/122/126>

- Tarrow, Sidney. *El nuevo activismo transnacional*. Barcelona: Hacer, 2010.
- Teitelbaum, Alejandro. *La Armadura del capitalismo: El poder de las sociedades transnacionales en el mundo contemporáneo*. Barcelona: Icaria editorial, 2010.
- Turner, Louis. *Las sociedades multinacionales: los imperios invisibles*. Barcelona: DOPESA, 1973.
- UNCTAD. *El Papel de los Acuerdos Internacionales de Inversión en la Atracción de Inversión Extranjera Directa hacia los Países en Desarrollo*. Conferencia De las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre las políticas internacionales de inversión para el desarrollo. 2002.
- United Nations UNCTAD/ Investment policy. Investor-state dispute settlement: Review of developments in 2015. No 2 (Jun 2016). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Publications/Details/144>
- Vallejo Rey, Pablo. "El arbitraje de inversiones y los retos de la globalización." *Revista de Derecho Privado* 38 (2007): 3-23.
- Van den Eynde, Arturo "El poder de las multinacionales", *La Opinión Pública*, (Sep, 2003) Disponible en: <https://www.rebellion.org/hemeroteca/economia/030902eynde.htm>
- Van Harten, Gus. "Investment treaty arbitration and public law." *OUP Catalogue* (2007) Disponible en: <https://ideas.repec.org/b/oxp/obooks/9780199217892.html>
- Van Harten, Gus. "Reformando el régimen de inversión del TLCAN." Disponible en : <https://pdfs.semanticscholar.org/7595/29c4155a8664c4b88c268419ef1a25962276.pdf>
- Varoufakis, Yanis. *El minotauro global. Estados Unidos, Europa y el futuro de la economía mundial*, Capitán Swing, Madrid (2012).
- Zabalo, Patxi. "América Latina ante las demandas inversor-Estado/Latin America Facing Investor-State Claims." *Revista de economía mundial* 31 (2012).

## **Hegoa. Trabajos Fin de Máster**

Nº 1

Título: Distribución agroalimentaria: impactos de las grandes empresas de comercialización y construcción de circuitos cortos como redes alimentarias alternativas

Autor: Pepe Ruiz Osorio

Tutor: Roberto Bermejo Gómez de Segura

Nº 2

Título: Cartografía participativa: herramienta de empoderamiento y participación por el derecho al territorio

Autora: Iratxe Braceras

Tutor: Gregorio Etxebarria

Nº 3

Título: La desigualdad social por los organismos internacionales: un análisis del discurso

Autor: Conrado Arias

Tutor: Alfonso Dubois

Nº 4

Título: Metodologías participativas en proyectos de cooperación internacional al desarrollo de base tecnológica. Estudio de caso: identificación participativa en Elías Piña - República Dominicana.

Autora: Anastasia Domínguez Narváez

Tutor: Zesar Martínez García

Nº 5

Título: Pobreza y exclusión infantil: el caso de los menores que viven en las calles de Calabar (Nigeria).

Autor: José Fernando Sánchez Carrillo

Tutora: M<sup>a</sup> Luz De La Cal Barredo

Nº 6

Título: Cuando formular una política de equidad de género no es suficiente

Autora: Arantzazu Urzelai

Tutora: Clara Murguialday

Nº 7

Título: El enfoque de género en una cooperación al desarrollo en continua adaptación

Autor: Fernando San Eustaquio Sánchez

Tutora: Clara Murguialday

Nº 8

Título: Investigación sobre el diagnóstico de la Educación Intercultural Bilingüe en la Provincia de Pastaza

Autora: Itziar Aldave Velasco

Tutor: Juan José Celorio Díez

Nº 9

Título: Encuentros y desencuentros entre el Desarrollo Humano y el Desarrollo Sostenible. ¿Qué tan sostenible es el Desarrollo Humano Sostenible?: Los ineludibles límites que se plantean desde la Economía Ecológica

Autor: André Fernando Herrera

Tutor: Koldo Unceta Satrústegui

Nº10

Título: El Buen Vivir: Del Sumak Kawsay y Suma Qamaña a las constituciones del Buen Vivir. Contradicciones y desafío entre la teoría y la práctica.

Autor: Juan Manuel Crespo Barrera

Tutor: Koldo Unceta Satrústegui

Nº11

Título: Los Bienes Comunes: Caracterización y aproximación empírica a las iniciativas existentes en Euskadi

Autor: Ekhi Atutxa Ordeñana

Tutor: Imanol Zubero Beaskoetxea

Nº12

Título: Empresas transnacionales, Estados nación y democracia: Transformaciones de las relaciones de poder en la globalización neoliberal

Autora: Júlia Martí Comas

Tutor: Juan Hernández Zubizarreta

Nº13

Título: Estrategias de solidaridad ante la precariedad: El caso de la comunidad senegalesa en el Estado Español

Autora: Jone Barandiaran

Tutor: Imanol Zubero Beaskoetxea

Nº14

Título: Las empresas transnacionales y el derecho a la tierra de los pueblos indígenas de Brasil. ¿Colisión de derechos?

Autora: Irene Ortiz de Urbina Freire

Tutor: Juan Hernández Zubizarreta

Nº15

Título: Hacia una agenda alternativa de educación para el desarrollo desde una perspectiva ecofeminista

Autora: Ainara Barrenechea González

Tutora: Yolanda Jubeto

Nº16

Título: La criminalización neoliberal de la pobreza: Un análisis de discurso en el ámbito vasco de las políticas sociales

Autora: Isabel Torres Millán

Tutora: Imanol Zubero Beascoetxea

Nº17

Título: Los Estados-nación en la globalización neoliberal: Las diferentes dimensiones de la crisis del Estado Español-

Autor: Peio Salazar Martínez de Iturrate

Tutor: Mikel de la Fuente



Nº18

Título: España y la Unión Monetaria Europea: Un análisis estructural en el marco de la crisis del euro.

Autor: Alejandro Quesada Solana

Tutor: Joaquín Arriola Palomares

Nº19

Título: Los desafíos del Estado en África Subsahariana: Una aproximación al caso de Mozambique desde la dimensión socio-política del Desarrollo Humano

Autor: Manuel Barroso Sevillano

Tutor: Jokin Alberdi Bidaguren

Nº20

Título: La lucha por la despenalización del aborto en El Salvador: El caso Beatriz

Autora: Jone García Lurgain

Tutora: Clara Murguialday

Nº21

Título: La desigualdad en la agenda de Desarrollo post-2015

Autora: Soraya Gómez

Tutor: Alfonso Dubois

Nº22

Título: La pobreza urbana en el nuevo marco de actuación post-2015

Autora: Cristina Herranz Urbasos

Tutor: Michel Sabalza

Nº23

Título: El arbitraje inversor-estado: El devenir de la nueva Lex Mercatoria

Autora: Omaira Castellanos Cortés

Tutor: Juan Hernandez Zubizarreta