



David Schneiderman

Resistencia a la globalización económica:

Teoría crítica
y derecho internacional
de inversiones

Universidad
Externado
de Colombia

135
Años

RESISTENCIA A LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA:
TEORÍA CRÍTICA Y DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES

DAVID
SCHNEIDERMAN

RESISTENCIA A LA
GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA:
TEORÍA CRÍTICA Y
DERECHO INTERNACIONAL
DE INVERSIONES

Traducción de Sergio Giuliano

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Schneiderman, David, 1958-

Resistencia a la globalización económica : teoría crítica y derecho internacional de inversiones / David Schneiderman ; traducción de Sergio Giuliano. -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2021.

286 páginas ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas (páginas 231-286)

ISBN: 9789587907490 (impreso)

1. Inversiones extranjeras (Derecho internacional) 2. Derecho económico internacional 3. Finanzas internacionales 4. Democracia 5. Política económica I. Giuliano, Sergio, traductor II. Universidad Externado de Colombia III. Título

348.21 SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia.
Biblioteca

diciembre de 2021

ISBN 978-958-790-749-0

© 2021, DAVID SCHNEIDERMAN

© 2021, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá

Teléfono (601) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: diciembre de 2021

Traducción al español: Sergio Giuliano

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Corrección de estilo: Alfonso Mora Jaime

Composición: Karina Betancur Olmos

Impresión y encuadernación: Panamericana, Formas e Impresos S.A.

Tiraje: de 1 a 1.000 ejemplares

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad del autor.

Diseño epub:

Hipertexto – Netizen Digital Solutions

CONTENIDO

PREFACIO DE LA EDICIÓN TRADUCIDA

PRESENTACIÓN

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

HARDT Y NEGRI Y LA INMOVILIZACIÓN DEL ESTADO

- I. Los sujetos inmovilizados del Imperio
- II. Problemas de legitimidad
- III. ¿Estados inmovilizados?
 - A. La desinversión de Argentina
 - B. Un “arma poderosa”
 - C. Contradicciones fundamentales

CAPÍTULO SEGUNDO

TEUBNER Y LA LIBERACIÓN DE LOS SISTEMAS

- I. Sistemas emancipados
- II. Efectos sistémicos
 - A. El Estado comercial
 - B. El Estado despolitizado

CAPÍTULO TERCERO

HABERMAS Y LAS POLÍTICAS DEL PODER GLOBAL

- I. Mentalidad global
- II. Pretensión global
- III. Fracaso global

CAPÍTULO CUARTO

SANTOS Y LA DIFICULTAD DE LA RESISTENCIA SUSTENTABLE

- I. El Estado en descomposición
- II. La fijeza de la legalidad transnacional
- III. Ímpetu transnacional

CAPÍTULO QUINTO

WOLIN Y LA DEGRADACIÓN DE LA DEMOCRACIA

- I. Democracia desesperanzadora
- II. Sin voz, ¿una salida costosa para los estados?
- III. Una revolución constitucional
- IV. Preocupación injustificable

CAPÍTULO SEXTO

FOUCAULT, ECUADOR, Y SOBRE SER “MÁS LIBRES DE LO QUE SE SIENTEN”

- I. Pensar diferentemente
 - A. Manejar las posibilidades
 - B. Prácticas de libertad
- II. Actuar de forma diferente
 - A. ¿Un final para la larga noche neoliberal?
 - B. ¿Más libres de lo que se sienten?
 - C. ¿El nuevo normal?
- III. El campo magro de posibilidades disponibles

CONCLUSIÓN

POSIBILIDADES PARA LA RESISTENCIA

BIBLIOGRAFÍA

NOTAS AL PIE

PREFACIO DE LA EDICIÓN TRADUCIDA

Es para mí un privilegio infrecuente y enorme que este libro sea accesible a una audiencia hispanohablante. El libro se presenta como una intervención social teórica en el ámbito del derecho internacional de las inversiones –un orden jurídico que moldea parte del tejido que materializa a la globalización económica–. El libro también brinda una crítica de las formas jurídicas que toma el pensamiento neoliberal. A la luz de estos dos objetivos, no parece haber una mejor audiencia para este libro que la latinoamericana. Es en las latitudes meridionales donde el derecho de las inversiones ha tenido su más profundo impacto y donde continúa moldeando (y limitando) la capacidad estatal de implementar políticas públicas. Poner a prueba estas limitaciones frente a los postulados de los más importantes teóricos sociales ayuda, creo, a agudizar nuestro entendimiento de este régimen. Uno solo puede concluir que el régimen no es mucho más que el puro uso de la fuerza del derecho para maniatar a los estados y a los ciudadanos del Sur global.

Por el privilegio de que este libro sea publicado por la Editorial de la Universidad Externado de Colombia, agradezco profundamente a Magdalena Correa Henao y a Federico Suárez Ricaurte, de la Facultad de Derecho de dicha universidad. Ambos ofrecieron generosamente tanto su apoyo como su amistad. Estoy profundamente en deuda con Sergio Giuliano por su excelente traducción. No podría haber tenido a un mejor colaborador. Sergio fue capaz de trabajar a través de los múltiples métodos teóricos y estilos

argumentativos empleados en este libro. A lo largo de su proceso de traducción, también pudo identificar un pequeño número de errores que fueron omitidos en el proceso de escritura y de publicación de la edición de este trabajo en inglés. Estos errores han sido enmendados en esta edición. Más allá de ello, el texto no ha sido actualizado o alterado de su versión original en inglés.

Mientras escribo este prefacio, el mundo es azotado por una pandemia viral. Los estados en el Norte y el Sur global han respondido de formas sin precedentes, clausurando encuentros públicos, prohibiendo el movimiento de personas y dictando órdenes de confinamiento. La demanda de bienes y servicios se desplomó -el cielo se esclareció mientras el progreso del calentamiento global se paralizó por unos pocos meses-. Muchos estados poderosos exportadores de capital intervinieron activamente en sus economías para brindar apoyo a empresas privadas (algunas dignas de esa ayuda, otras no) además de brindar un ingreso básico a algunos individuos. El Estado, en otras palabras, ha retornado de forma estruendosa. La habilidad de los estados más pobres importadores de capital para hacer lo mismo, sin capacidad fiscal para brindar apoyo al ingreso, sigue en duda. Todavía falta tiempo para que se sienta completamente el efecto total de esta pandemia sobre los más vulnerables. Lo que también falta por verse es si la legalidad neoliberal sobrevive aun otra ronda de adversidad económica. De lo que no cabe duda es de que los estados y sus unidades subnacionales continúan siendo los lugares a los cuales los ciudadanos recurren en búsqueda de ayuda.

David Schneiderman
Toronto y Estocolmo
Mayo, 2020

PRESENTACIÓN

POR FEDERICO SUÁREZ RICAURTE*

INTRODUCCIÓN

Para la Universidad Externado de Colombia es un gran honor presentarle a la comunidad hispanohablante el primer libro traducido al español escrito por el profesor David Schneiderman, *Resistencia a la globalización económica: teoría crítica y derecho internacional de inversiones*. Esta obra hace parte de los textos clásicos del derecho internacional de la inversión extranjera y tener la opción de distribuirlo en físico y en digital significa una enorme responsabilidad que esta casa de estudios ha decidido asumir con el juicio y el rigor que la ha caracterizado durante décadas de existencia, enalteciendo así la confianza que el profesor Schneiderman ha depositado en esta Universidad para tal fin.

David Schneiderman es profesor de la Universidad de Toronto en Canadá y sus áreas de investigación son el derecho internacional de la inversión extranjera y el derecho constitucional. Dos áreas estrechamente relacionadas en tanto que por una parte se encuentran el conjunto de normas sustanciales y procedimentales, vinculantes y no vinculantes, y las instituciones concebidas para promocionar y proteger la inversión extranjera¹, y, por otra parte, el derecho constitucional se refiere a los principios, instituciones y derechos fundamentales de la

ciudadanía, así como a los elementos definitorios de la política económica de cada país².

La producción investigativa del profesor Schneiderman es extensa y admirable. Es autor de *Red, White and Kind of Blue? The Conservatives and the Americanization of Constitutional Culture* (Toronto: University of Toronto Press, 2015), *Resisting Economic Globalization: Critical Theory and International Investment Law* (Palgrave Macmillan, 2013) y *Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules and Democracy's Promise* (Cambridge University Press, 2008), y coautor de *The Last Word: Media Coverage of the Supreme Court of Canada* con Florian Sauvageau y David Taras (UBC Press, 2006). También ha editado varios libros, como *The Quebec Decision* (1999); *Charting the Consequences: The Impact of the Charter of Rights on Canadian Law and Politics* (1997) con Kate Sutherland; *Police Powers in Canada: The Police Power in History, Law, and Politics* (1993) con R. C. MacLeod; *Social Justice and the Constitution: Perspectives on a Social Union for Canada* (1992) con Joel Bakan; y *Freedom of Expression and the Charter* (1991). Es editor fundador de la revista trimestral *Constitutional Forum Constitutionnel* y editor jefe fundador de la *Review of Constitutional Studies*. A lo cual se agregaran decenas de artículos y capítulos de libro que han contribuido ampliamente al estudio del derecho constitucional en Norteamérica, a los derechos humanos y al derecho internacional de la inversión extranjera.

I. DESCRIPCIÓN DEL LIBRO

Este libro, *Resistencia a la globalización económica: teoría crítica y derecho internacional de inversiones*, que se publica en español, obedeciendo a la versión original en inglés, está compuesto por una introducción, seis capítulos

y las conclusiones. En la introducción se indican los conceptos y argumentos principales del texto. El capítulo primero se refiere a Hardt y Negri y la inmovilización del Estado. El segundo capítulo se titula “Teubner y la liberación de los sistemas”. En el tercer capítulo se estudian los planteamientos de Habermas y las políticas del poder global. El cuarto capítulo hace alusión a Santos y la dificultad de la resistencia sustentable. En el capítulo quinto se estudia a Wolin y la degradación de la democracia. Y por último, en el sexto capítulo, se analiza a Foucault, Ecuador sobre ‘ser más libres de lo que se sienten’. En las conclusiones el autor conecta los diversos puntos esenciales del libro para redondear su argumento acerca de la resistencia a la globalización económica. A continuación se destacarán algunos apartes relevantes de cada apartado.

Tras una brillante compilación bibliográfica y teórica, un aspecto que destacar del método empleado por el profesor Schneiderman consiste en explicar las tesis centrales de los seis autores seleccionados en la teoría crítica a la globalización económica, para identificar los aciertos y las falencias de tales postulados a la luz del contenido de algunos de los laudos arbitrales más emblemáticos que componen el derecho internacional de la inversión extranjera, con miras a dotar de contexto local y concreto los enunciados teóricos expuestos. Una característica particular de algunos de los casos seleccionados es que ocurren en América Latina, y por consiguiente, el conocimiento de esta experiencia en la región es oportuno para afrontar los problemas y retos actuales que emergen y aún subsisten en la realidad de los países estudiados.

Un enorme valor del libro y de su contribución a la deliberación hispanoparlante en derecho internacional público es el alcance de la crítica no solo en el estudio de las instituciones vigentes del derecho internacional de las

inversiones, sino en la propia crítica ejercida hacia los autores más representativos durante la vigencia de la globalización económica. En tal sentido, una premisa que inspira esta obra es la siguiente idea de Foucault: “[...] incita a cuestionar el inexplorado suelo bajo nuestros pies que damos por sentado”³. El cuestionamiento a ese suelo inexplorado opera en este libro en dos sentidos: por una parte, al presentar evidencia seria, sustentada y sólida sobre los efectos de la globalización económica en las instituciones de los países de América Latina, y así mismo, al cuestionar, a la luz de las prescripciones contenidas en los laudos arbitrales sobre inversiones, a los teóricos más representativos de los últimos años en la crítica ejercida a la globalización económica. De esta manera una virtud sustancial del libro es aportar claridad en el análisis teórico, jurídico y político de la globalización económica, y cuestionar así formulaciones inadecuadas e imprecisas sobre la magnitud y las implicaciones concretas de este fenómeno.

Los datos empíricos en derecho internacional de las inversiones demuestran, por una parte, que los países en desarrollo han sido ampliamente desfavorecidos y condenados en los tribunales internacionales de arbitramento⁴, y, por otra parte, que una de cada cuatro demandas que se han interpuesto ante el arbitraje de inversión tiene como Estado demandado a un país de América Latina, lo cual significa que a 2019 se habían interpuesto 267 demandas contra estos países. Además, a países latinoamericanos se les había ordenado pagar, en forma de acuerdos o por condenas, más de 22.000 millones de dólares, suma que resultaría superior si se incluyen los recursos empleados para sufragar el pago de las firmas especializadas en la defensa legal en dichos procesos⁵.

En la introducción del libro queda expuesto el concepto de *legalidad transnacional* que es fundamental a lo largo de toda la obra. El autor define tal noción de la siguiente

manera: “La legalidad transnacional aquí se refiere al compendio de normas e instituciones asociadas a la expansión mundial del proyecto político neoliberal teniendo como principal objeto la subsunción de la política en los mercados”⁶. Afirma el autor que parte fundamental de esta legalidad transnacional, así como parte importante del objeto de estudio del libro, “está compuesta por los 2800 tratados bilaterales de inversión, y por un número más pequeño de tratados de comercio e inversión regionales”⁷.

En la actualidad la legalidad transnacional se sigue expandiendo y consolidando tanto en el ámbito latinoamericano como en el internacional con nuevos tratados intercontinentales, como el Acuerdo Integral sobre Economía y Comercio (CETA, por sus siglas en inglés), el Acuerdo Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP, por sus siglas en inglés), o la actualización del TLCAN, reemplazado por el Tratado México, Estados Unidos y Canadá (USMCA, por sus siglas en inglés), entre otros. Si bien el número de tratados internacionales vigentes ha disminuido a 2646, la cantidad de laudos como consecuencia del aumento de demandas en el arbitraje de inversiones sigue en ascenso, llegando a 1104 decisiones arbitrales⁸.

Una parte determinante del argumento de David Schneiderman en este libro es destacar al Estado como la principal institución que estudiar en la operatividad y el funcionamiento de la legalidad transnacional, así como la resistencia que se debe realizar a los estragos que tal legalidad transnacional ha causado. En efecto, una de las razones por las cuales se escoge y critica a los seis autores comentados en esta obra es porque tienen un denominador común: “todos ven principalmente a los Estados como marginales, si es que no anacrónicos”⁹. En contraste, según el argumento central del autor, “los Estados son agentes activos en la estructuración de las normas e instituciones

jurídicas transnacionales”¹⁰. Y agrega: “Son, como lo señala el derecho internacional (véase el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, art. 38[1]), los autores principales de los límites vinculantes que constituyen las órdenes de la legalidad transnacional”¹¹.

La globalización económica ha significado la privatización de la justicia al otorgarles competencia internacional a los árbitros *ad hoc* que deciden sobre actos y actuaciones jurídicas de los Estados anfitriones en su relación con los inversionistas extranjeros. Para el profesor Schneiderman, “Las normas de inversión autorizan a los inversores a ejecutar normas de tratados ante los tribunales de arbitraje de inversión. El régimen tiene el efecto de remover las disputas de los tribunales locales elevándolas hacia lo que se considera una forma despolitizada de resolución de controversias”¹². En tal sentido son árbitros privados los encargados de revisar las decisiones adoptadas por el Estado, en cualquiera de sus tres ramas del poder público: legislativo, ejecutivo, judicial, u otros órganos de control, así como de cualquier nivel territorial. Tal atribución de demandar al Estado anfitrión se presenta sin tener que agotar mecanismos internos como sucede en otras instancias internacionales, como en el sistema interamericano de derechos humanos.

A lo largo del libro el pensamiento de Karl Polanyi desempeña también un papel importante. En su libro *La Gran Transformación*, publicado a mediados del siglo xx, antes de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, Polanyi se refiere a la manera como se estableció un “doble movimiento” a fines del siglo xix y principios del siglo xx. El primer movimiento fue el surgimiento y la consolidación del liberalismo económico, y el segundo fue la ampliación de la protección dirigida a solventar las necesidades más apremiantes de quienes eran afectados por la acción corrosiva del mercado. Tal protección también incluyo

salvaguardar la propia producción capitalista de los arrasadores efectos que los mercados autorregulados causaban. “La conducción legislativa del contramovimiento en contra del mercado auto-regulado desarrollado en el medio siglo posterior a 1860 –escribe Polanyi– resultó ser espontánea, no dirigida por la opinión pública, y accionada por un espíritu pragmático puro”¹³. Esta concepción también recobra particular importancia en la presente crisis económica causada por el covid-19, en la cual la intervención económica del Estado, principalmente en los países desarrollados, ha sido primordial para recuperar el empleo, las empresas, la producción y el crecimiento económico, y a su vez ha puesto de presente cómo la ausencia de intervención semejante en los países en vías de desarrollo ha empeorado y acentuado los ya graves efectos económicos causados antes, durante y después de la pandemia.

Bajo el título “Hardt y Negri y la inmovilización del Estado” se estudia y analiza en el capítulo primero la obra de estos autores. “La gran tesis de Hardt y Negri es que el aparato institucional del Imperio –el orden jurídico transnacional del capitalismo global contemporáneo– colapsa bajo el peso de sus propias contradicciones. Lo que precipitará ese colapso es la multitud –la masa de trabajadores inmateriales– que sostiene al Imperio y al mismo tiempo la fuerza que exige y hace necesaria destrucción”¹⁴. En este primer capítulo también se desarrollan en profundidad tres conceptos determinantes que sustentan la globalización económica. “Las normas jurídicas y las instituciones transnacionales de la globalización económica buscan normalizar los límites jurídicamente vinculantes al inspirarse en las ideas normativas de la ventaja comparativa, la libertad del consumidor, y el Estado de derecho”¹⁵.

El lector podrá encontrar en este capítulo un exhaustivo y pormenorizado análisis de la situación de

Argentina en su desempeño económico durante la crisis del 2001, así como la reacción de la legalidad transnacional a las demandas presentadas contra el país en el arbitraje de inversiones. Argentina era considerada el ejemplo en la adopción de las políticas neoliberales impulsadas por el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial en la década de los noventa, no solo a escala continental sino en el ámbito internacional. Promovió una amplia apertura comercial al desgravar las importaciones de bienes agrícolas a industriales, realizó enajenaciones de activos y empresas públicas, al propiciar la apropiación del patrimonio público por parte de las multinacionales y, a su vez, promovió un plan de convertibilidad mediante el cual se fijaba el valor de un peso argentino como equivalente a un dólar estadounidense, entre otras medidas. Lo anterior, acompañado de la firma de 57 tratados bilaterales de inversión (TBI) con países exportadores de capital, incluido Estados Unidos. No obstante lo anterior, en el año 2001 sufrió una feroz crisis económica con un enorme déficit comercial, fuga masiva de capitales, altos niveles de endeudamiento público y privado, cesación de pagos a los acreedores de la deuda pública, sumado a medidas como el “corralito” que limitaron los retiros de la ciudadanía de sus propios ahorros guardados en el sector financiero¹⁶.

En el capítulo se explican ejemplos como la privatización del servicio de acueducto a Suez y Vivendi, cuyo conflicto también terminó siendo controvertido en un tribunal arbitral. Si bien en el contrato de concesión se había pactado una disminución de las tarifas del servicio en un 26,9% durante la vigencia de los 30 años del contrato, las tarifas se fueron incrementado y generaron una rentabilidad del 40% para el inversionista. Algo logrado con una inversión privada del 2,6%. La controversia arbitral suscitada por las medidas de protección social implementadas por Argentina y los argumentos expuestos

por el panel arbitral se explican con sumo detalle en este apartado. De igual forma, se comenta con precisión el caso de *CMS vs. Argentina* presentado en el contexto de la privatización del servicio de gas. Dado que las tarifas iban a ser recaudadas en dólares y ajustadas periódicamente, la multinacional norteamericana cuestionó ante un tribunal arbitral del CIADI, al amparo del TBI con los Estados Unidos, las medidas adoptadas a través del decreto de emergencia del año 2001 que, para el caso del gas, significaba una suspensión temporal de precios y el congelamiento de las ganancias convertidas a dólares¹⁷.

La razón esencial de la condena es que durante el plan de enajenaciones realizado por Argentina este país se comprometió a garantizar una rentabilidad en dólares, independientemente de la ocurrencia de una crisis económica y fiscal, la cual fue el motivo por el cual CMS invirtió 175 millones de dólares en acciones en el servicio de gas. Cuando mediante el decreto de emergencia se ordenó congelar las tarifas y eliminar la convertibilidad de peso a dólar se redujo la tasa de rentabilidad y, según la multinacional, esto desconoció los compromisos adquiridos. Si bien el panel arbitral descartó la ocurrencia de una expropiación indirecta por cuanto las acciones aún seguían en cabeza de la multinacional, Argentina fue obligada a pagar 133,2 millones de dólares a CMS por la violación del estándar de trato justo y equitativo. Aun cuando Argentina cuestionó tal decisión mediante un recurso de anulación, este fue negado¹⁸.

Al finalizar su descripción sobre lo sucedido en Argentina durante la crisis económica y el tratamiento dado por múltiples y diversos paneles arbitrales del CIADI, David Schneiderman destaca una falencia central en las apreciaciones realizadas por Hardt y Negri, cual es que “no reconocen que los regímenes jurídicos de la globalización económica son expresiones de intereses nacionales

particulares que buscar suprimir otras formulaciones alternativas de intereses rivales que toman forma, e incluso, son articuladas, en niveles nacionales y subnacionales”¹⁹.

El capítulo segundo se titula “Teubner y la liberación de los sistemas”. El punto de partida de esta parte también del análisis de Polanyi sobre la economía, los mercados y la política. Este autor indicó que los mercados se encuentran insertados en la sociedad, por lo tanto, los mercados no se autorregulan ni operan en forma independiente de la sociedad. Los defensores y promotores del neoliberalismo tienen una aproximación diferente a este punto, pues subordinan la política económica a la acción de los mercados. Solo aquellas medidas que aseguren la autorregulación de los mercados serán toleradas y promovidas por este pensamiento que se ha incrustado en las altas esferas del poder global y nacional. “La teoría de los sistemas toma una visión de la economía un poco diferente a la del relato polanyiano. Los mercados no están necesariamente integrados como una forma organizacional distintiva. Los sistemas, según Luhmann, son formas autorreferenciales, o autopoiéticas, que crean y mantienen diferencias del ambiente en el cual otros sistemas operan [...]”²⁰.

De ahí que el autor conecte tal enunciado con las siguientes citas del máximo referente de la teoría de los sistemas: “La economía es un subsistema autónomo semejante que opera independientemente -es un sistema ‘rigurosamente cerrado, circular, y autorreferencialmente constituido’ [...]”²¹. A la cual agrega: “La ‘economía [global] no puede ser controlada políticamente’, declara Luhmann enfáticamente [...]”²². De esta manera David Schneiderman expresa cómo la teoría de los sistemas acentúa una concepción de la económica desligada y desconectada de la política, y, a su vez, lejana al concepto de Polanyi según el cual la economía se encuentra insertada dentro de la

sociedad y por consiguiente, la concepción de los mercados autorreferentes y autogestionados termina supeditando las actuaciones de la política única y exclusivamente a las metas y los propósitos del mercado.

Una vez expuestas las premisas esenciales de la teoría de los sistemas y de aportar ejemplos específicos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, David Schneiderman conecta dichos enunciados con el derecho internacional de las inversiones. “El derecho internacional de las inversiones, más precisamente, implica no solo asegurar que la política facilite los mercados y los valores empresariales; sino que también obliga a los actores estatales a que se comporten como si fueran participantes del mercado”²³. De tal manera que el autor encuentra poco útiles los planteamientos esenciales de la teoría de los sistemas para cuestionar acertadamente el derecho internacional de las inversiones, y, por el contrario, allí encuentra aspectos que facilitan su extensión y consolidación. “Si el relato de la teoría de los sistemas que describí busca principalmente liberar los subsistemas operativos de los límites de las autoridades estatales, entonces parecen haber pocos recursos disponibles –más allá de hacer un poco de ‘ruido’– para resistir esos efectos. Se espera que los órdenes políticos democráticos, en suma, sean sensibles al derecho internacional de las inversiones y sus edictos de racionalidad de mercado. La resistencia resulta cada vez más difícil, si es que no totalmente descartada”²⁴.

Una última reflexión que destacar de parte de David Schneiderman con respecto a la teoría de los sistemas es la manera como su fundamento filosófico y político promueve la extensión de la legalidad transnacional, así como resulta una herramienta poco útil para ejercer una crítica certera a dicho régimen. “Lo que deseo subrayar aquí es el grado en el cual la teorización basada en la teoría de los sistemas tolera, incluso promueve, la liberación del régimen. Este

relato permite a la legalidad transnacional intensificar sus patologías, colocando límites en la capacidad de la resistencia crítica para hacer su trabajo”²⁵.

Un autor que despierta un particular interés para David Schneiderman es Jürgen Habermas, cuya obra es estudiada en el capítulo tercero bajo el título “Habermas y las políticas del poder global”. “Jürgen Habermas espera que los Estados del G-8 y la OCDE -aquellos países con corrientes democráticas profundas- tomen la iniciativa en domar a los mercados globales a través de nuevas instituciones jurídicas transnacionales. Son los ciudadanos de los Estados democráticos, trabajando con actores de la sociedad civil global y organizaciones internacionales, quienes proveerán el ímpetu para una nueva política que está a la altura de la fuerza de los mercados”²⁶. Ante lo cual, el autor de *Resistencia a la globalización económica* manifiesta: “Es poco probable que desarrollen la necesaria conciencia cosmopolita para reformar las normas y estructuras que forman la globalización económica”²⁷.

En este capítulo también se podrá apreciar una profunda reflexión sobre la propuesta de gobernabilidad transnacional expuesta por Habermas a partir de su inspiración *La paz perpetua* de Kant (1795). “Habermas insiste que el derecho global puede ser administrado no por un Estado global sino por instituciones como una ONU reformada y nuevas instituciones transnacionales representadas por alianzas regionales o continentales y poderes globales individuales”²⁸. Si bien resulta de difícil concreción tal iniciativa, la preocupación razonable que encuentra Schneiderman en dicha propuesta es “la amenazante mercantilización de las funciones sociales de los Estados democráticos al deshacer los mecanismos que aseguraban la vida pública y privada [...], ‘renunciando’ a la capacidad de acción autónoma [...] y ‘arrebataándole’ a

las generaciones futuras la capacidad para revertir su curso [...]”²⁹.

El primer estudio de caso estudiado en este capítulo se refiere a los debates que adelantó el Congreso de los Estados Unidos en el 2002 sobre la ‘autoridad de promoción del comercio’, denominada TPA en inglés. Esta iniciativa terminó en la modificación de la práctica de los tratados internacionales sobre inversión de los Estados Unidos. La preocupación radicaba en la terminología y el lenguaje utilizado en los conceptos centrales del derecho internacional de las inversiones como la expropiación indirecta y las nacionalizaciones. El lector podrá encontrar en este estudio de caso una reflexión acerca de si áreas sustanciales del derecho internacional de las inversiones en realidad plasman postulados constitucionales propios del orden jurídico estadounidense y la manera en que dichos conceptos se extienden globalmente. El segundo estudio de caso estudiado en este capítulo es un preciso recuento de la negociación desarrollada entre los Estados Unidos y la Unión Aduanera de África Austral (SACU, por sus siglas en inglés). Tras este recuento queda claro que el programa para el Empoderamiento Económico de Negros en la Sudáfrica del post-*apartheid* fue un obstáculo para lograr concretar la negociación entre ambos Estados. Este ejemplo demuestra que antes que modificar las características y la redacción del rígido modelo de tratado de los estadounidenses que permitiera admitir y fortalecer dicho programa, las partes prefirieron abandonar las conversaciones para finalizar un tratado internacional³⁰. A juicio de David Schneiderman queda claro, tras analizar ambos casos, que “cada uno de estos estudios de caso ilustra que una conciencia global institucionalizada en el mundo desarrollado se encuentra demasiado lejos”³¹.

Los planteamientos realizados en este capítulo se complementan con escritos del autor posteriores a la fecha

de publicación de la versión en inglés de este libro, que también son de referencia obligatoria para los estudiosos de esta área, tales como su próximo libro *Investment Law's Alibis: Colonialism, Imperialism, Debt and Development*³² o *'Writing the Rules of the Global Economy': How America Defines the Contours of International Investment Law*³³, en los cuales pone de presente, por una parte, las relaciones económicas de subordinación que Estados Unidos ha desarrollado con varios países del Sur global y, por otra parte, el papel predominante que ha tenido ese país en el diseño de las normas internacionales de la inversión extranjera al extender a escala global su propia concepción legal y constitucional, en tratados intercontinentales como el CPTPP y el Tratado Transatlántico (TTIP por sus siglas en inglés).

En el cuarto capítulo se estudia la obra de Boaventura de Sousa Santos, bajo el título "Santos y la dificultad de la resistencia sustentable", en la cual el movimiento social por el derecho al agua en Bolivia es el principal protagonista, desde la perspectiva emancipadora de Santos. Dos planteamientos de Santos utilizados por el profesor Schneiderman son dignos de resaltar: el localismo globalizado y el globalismo localizado. "La globalización es el producto de la competencia interestatal, en la cual ciertos fenómenos locales son exitosamente globalizados -instancias de 'localismo globalizado'- y en las cuales las condiciones locales son correspondientemente reestructuradas a la luz de las prácticas hegemónicas transnacionales -el fenómeno de 'globalismo localizado' [...]"³⁴.

En este capítulo se estudia el caso de la privatización del agua en Cochabamba, Bolivia, y la manera en que la resistencia social de la población, mayoritariamente indígena, logró una mejora en sus condiciones de vida económica y social. Hace parte de este capítulo el estudio

de la decisión sobre jurisdicción de Aguas del Tunari en contra de Bolivia, que refleja la manera en que dicha controversia fue expuesta en el arbitraje de inversiones. Allí se indican también algunas de las falencias que este sistema de solución de controversias posee, tales como la exclusión de las ONG y de la sociedad civil en la decisión adoptada, o la manera en qué las excepciones de inversión son interpretadas en forma restrictiva. “Las victorias en las luchas por justicia social son escasas. En la medida en que los ciudadanos de Cochabamba ganaron la guerra del agua, en ambas fases, generaron un terreno fértil para la política oposicional en muchas partes del mundo”³⁵. Reflexión que finaliza con la siguiente frase: “El relato esperanzado de Santos de una transición paradigmática sugiere que hay luchas por ganar, futuros alternativos por imaginar, y sus especificidades por solucionar en un espíritu de contestación y pluralismo democráticos”³⁶.

Este capítulo ofrece, en definitiva, una narrativa acerca de cómo el movimiento local boliviano produjo una resistencia efectiva a la legalidad transnacional. A lo cual se agregaría que también es cierto que dicha victoria también fue producto de una campaña transnacional que logró poner en el centro de atención las graves afectaciones que tenían los ciudadanos de Cochabamba por la privatización del agua. Tal aspecto se resalta aun cuando de acuerdo al argumento central del autor, los Estados son el principal centro de toma de decisiones de legalidad transnacional, por lo tanto, es allí donde se debería realizar el énfasis para revertir las medidas que son adoptadas en esa materia.

En el quinto capítulo se estudia la obra del teórico político Sheldon Wolin, bajo la denominación “Wolin y la degradación de la democracia”. La pregunta que inicia la reflexión de este capítulo es “¿Cuán abierta es la práctica democrática contemporánea para facilitar y fomentar la

resistencia a la legalidad transnacional?”³⁷. En este capítulo se describe en primer lugar la crítica de Wolin a la forma contemporánea en que se manifiesta y ejerce la política, explicando un concepto importante en la obra del autor que son los “movimientos locales arcaicos”. El estudio de caso de derecho internacional de las inversiones que se comenta y discute en profundidad es el de Tecmed contra México, el cual ha sido calificado por un sector de la doctrina como un eje para promover la democracia. En contraste, David Schneiderman realiza una crítica seria, sustentada y sólida a la manera como dicha decisión no solo no es un factor que promueve la democracia, sino que, por el contrario, obstaculiza su concreción y desarrollo. Tal decisión se ha constituido, por contera, en un nocivo antecedente de varios laudos arbitrales posteriores que tienden a expandir los derechos y compensaciones a favor de los inversionistas, como, por ejemplo, Bear Creek contra Perú, al tiempo que restringe y socava las atribuciones de los Estados para lograr un comportamiento respetuoso del orden jurídico del país anfitrión de la inversión. El capítulo continúa con una crítica a la manera en que funciona la democracia en los Estados Unidos y cierra con una compilación de evidencia empírica acerca de las falencias que presentan la actividad política y la democracia alrededor del mundo.

Dado que en este capítulo el énfasis central es la preocupación por la democracia y su normal funcionamiento un concepto importante de Wolin es el de *democracia constitucional*. “Es ‘democracia encajada en una constitución’. El constitucionalismo, siguiendo la tradición de Hobbes, Madison y Tocqueville, busca establecer límites y regular la cantidad de política que se permite. En las democracias constitucionales, ‘la conservación del simulacro de democracia’ reside en las élites dominantes, legitimando su dominio continuo sobre las riendas del poder. Para estas élites, escribe Wolin, ‘las

elecciones son oportunidades de inversión de las cuales ellas buscan cosechar beneficios' [...]"

Como se mencionó, en este capítulo se estudia el caso de Tecmed contra México, en el cual el tribunal arbitral declaró la responsabilidad internacional de México por violación al trato justo y equitativo, y la expropiación indirecta por negarse a extender un permiso ambiental en la operación de un vertedero de residuos industriales peligroso, y condenó a pagarle a Tecmed 5,3 millones de pesos mexicanos sumado a los intereses compuestos³⁸. Parte del cuestionamiento del profesor Schneiderman a este laudo radica en que haya utilizado la teoría democrática en su motivación, indicando que los intereses de los inversores extranjeros comúnmente no serían representados dentro de los procesos políticos del Estado receptor. "Apelar a la teoría democrática en este contexto – algo que aparece en otros laudos arbitrales (Loewen, 2003: § 224) y en el trabajo de algunos académicos (Alvarez y Khamsi, 2009: 446)– se basa paradójicamente en un modelo de pasividad democrática y elide el rol de la legalidad transnacional en suprimir las alternativas democráticas"³⁹. Y agrega: "Simbólicamente, esto sugiere que los tribunales de inversión están en una situación similar a las más altas cortes nacionales. Sustantivamente, subraya el grado en el que las normas de inversión simulan límites constitucionales de sistemas jurídicos nacionales particulares (Schneiderman, 2008)"⁴⁰.

A partir de la tesis expuesta por Habermas según la cual la influencia del dinero en la política perturba significativamente las posibilidades para la reforma y la práctica democrática⁴¹, David Schneiderman destaca la manera en que Wolin asimila la influencia de las grandes corporaciones en los Estados Unidos, que únicamente rinden cuentas a los accionistas, a una forma de corrupción "tan ampliamente persuasiva que es funcional a la operación de un sistema y, al mismo tiempo, tan

profundamente arraigada que incapacita al sistema de reformarse a sí mismo [...]”⁴². Y agrega David Schneiderman: “[...] por estas razones puede decirse que ‘los intereses mejor representados en el Congreso y en las capitales estatales son sin dudas los intereses de las corporaciones y las empresas que no son siquiera aptos para votar’ [...]”⁴³.

En el sexto capítulo se estudia el pensamiento crítico de Michel Foucault, bajo el título “Foucault, Ecuador, y sobre ‘ser más libres de lo que se sienten’”, con el estudio de caso del Ecuador. La pregunta que orienta la investigación de este acápite es acerca de “si los mecanismos jurídicos asociados con la globalización económica estaban demasiado arraigados para ser objetos de revisión y resistencia crítica. ¿Son irresistibles o, alternativamente, es posible generar prácticas que nos permitan ajustar, o incluso disminuir, las formas de dominación de la legalidad transnacional?”⁴⁴. Esta parte del libro analiza la obra tardía de Foucault, principalmente sus clases en el Collège de France traducidas al inglés. “La resistencia es ensombrecida por las relaciones de poder, las ocasiones para reconsiderar verdades que damos por sentadas son persistentes. Además de forjar subjetividades, el poder es productivo precisamente de esta forma, dando lugar a oportunidades de resistencia”⁴⁵.

El aporte sustancial que presenta este capítulo es el estudio del cambio de la política internacional en Ecuador en su resistencia a la legalidad transnacional. Tal foco de atención se conecta con la obra de Foucault quien sugiere mirar a la periferia. “No es el poder en sus sitios centrales el que nos debe preocupar sino el poder en las extremidades, en sus últimas destinaciones, en esos puntos donde resulta más alargado, es decir, en sus formas e instituciones más locales y regionales”⁴⁶.

En el momento de la publicación original en inglés de *Resistencia a la globalización económica* el Gobierno del

Ecuador era presidido por Rafael Correa quien lideró un cambio constitucional en el año 2008, incluyendo el artículo 422 mediante el cual se le prohíbe al Estado ecuatoriano ceder jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. De igual manera realizó un proceso de revisión y denuncia sistemática de los tratados bilaterales de inversión que había ratificado Ecuador, al mismo tiempo que mantenía una defensa jurídica de las demandas que las multinacionales, principalmente de los Estados Unidos, habían interpuesto contra el Estado. Este proceso de resistencia a la legalidad transnacional, así como algunos antecedentes relevantes, está descrito con sumo rigor en este capítulo y aporta pautas específicas y concretas para los demás países en desarrollo que deseen emprender un camino semejante. “El caso ecuatoriano sugiere que la analítica foucaultiana puede ser útil para entender los efectos jurídicos transnacionales y los caminos que nos alejan de ellos”⁴⁷.

Posterior a la fecha de publicación del libro en inglés, el gobierno de Correa creó en el año 2013 la Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones (CAITISA). El informe final de esta comisión fue entregado el 8 de mayo de 2017 y arrojó datos reveladores sobre la delicada situación de Ecuador bajo la vigencia de la legalidad transnacional. El monto total de las demandas interpuestas por las multinacionales contra Ecuador fue de 21.200 millones de dólares⁴⁸.

Si bien en el libro se destaca el ejemplo de resistencia frente a la legalidad transnacional liderado por Ecuador al denunciar los tratados bilaterales de inversión vigentes, entre ellos con Estados Unidos y con otros países