



**Mediando Impugnaciones de los Derechos Privados, Públicos y de Propiedad  
en el Capitalismo Corporativo**

("Mediating Contestations of Private, Public and Property Rights in  
Corporate Capitalism", originally published in Oñati Socio-Legal Series, v. 3, n. 4, 2013)

**Sol Picciotto**

Traducción: Mariana A. Manzo

**Resumen:**

El derecho y los abogados han desempeñado un papel decisivo en la creación de los conceptos y las formas institucionales del capitalismo corporativo durante el último siglo y medio. La legalización ha desempeñado un papel igualmente central en la formación de las instituciones de la nueva gobernanza global, especialmente en décadas recientes. Lo que se ha construido es una economía corporativista en la cual los sistemas altamente socializados de la actividad económica se manejan en formas que permiten, y de hecho facilitan, el control y la apropiación privada. Sin embargo, son muy diferentes de lo previsto por la 'economía de mercado' de la filosofía liberal clásica y la economía política. Aunque el Estado y la economía parezcan esferas separadas, se encuentran intrínsecamente interrelacionadas en muchos aspectos, sobre todo en la definición y distribución de los derechos de propiedad, y en el extensivo apoyo e intervención del Estado, que juegan un papel determinante en la inversión y las tasas de ganancia. Al trabajar en la interfaz de lo público y lo privado, en la mediación de la acción y el conflicto social, los abogados han desempeñado un papel clave en la construcción del capitalismo corporativo, y son fundamentales para su gobernanza y legitimación. Esto se debe también a las técnicas y prácticas de los abogados en la formulación e interpretación de conceptos y normas que son inherentemente maleables e indeterminadas, lo que provee de la flexibilidad necesaria para gestionar las complejas interacciones entre lo privado y lo público. Estas técnicas, y los abogados que las despliegan, también han sido centrales tanto en la construcción del sistema liberal clásico de Estados interdependientes, como en el actual periodo de su fragmentación gradual y la transición hacia la regulación en red y la gobernanza global.

**Palabras Claves:**

Derecho, Sociología, Economía, Historia, Abogados, Corporaciones, Capitalismo.

**Abstract:**

The law and lawyers have played a key part in creating the concepts and institutional forms of corporate capitalism in the past century and a half. Legalization has been playing an equally central role especially in the recent decades in forming the institutions of the new global governance. What has been constructed is a corporatist economy, in which

highly socialized systems of economic activity are managed in forms which allow and indeed facilitate private control and appropriation. Yet they are very different from those of the 'market economy' envisaged by classical liberal philosophy and political economy. Although the state and the economy appear as separate spheres, they are intricately interrelated in many ways, especially in the definition and allocation of property rights, and in extensive state support and interventions, which play a determining role in investment and profit rates. Working at the interface of the public and private in mediating social action and conflict, lawyers have played a key role in constructing corporatist capitalism, and are central to its governance and legitimation. This is also due to lawyers' techniques and practices of formulating and interpreting concepts and norms which are inherently malleable and indeterminate, which provide the flexibility to manage the complex interactions of private and public. These techniques and the lawyers who deploy them have also been central both to the construction of the classical liberal system of interdependent states, and during the current period of its gradual fragmentation and the transition to networked regulation and global governance.

**Keywords:**

Law, Sociology, Economics, History, Lawyers, Corporations, Capitalism.

## 1. INTRODUCCIÓN

El derecho y los abogados han desempeñado un papel decisivo en la creación de los conceptos y las formas institucionales del capitalismo corporativo durante el último siglo y medio. La legalización ha desempeñado un papel igualmente central en la formación de las instituciones de la nueva gobernanza global, especialmente en décadas recientes. Este trabajo, en gran parte basado en el último capítulo de mi libro (Picciotto 2011), con algunas modificaciones y adiciones, evaluará algunas de las principales teorías y debates acerca de este papel del derecho, además de presentar mi propia perspectiva basada en los hallazgos y análisis presentados en los principales capítulos del libro.

El argumento general es que lo que se ha construido es una economía corporativista, en la cual los sistemas altamente socializados de la actividad económica se manejan en formas que permiten, y de hecho facilitan, el control y la apropiación privada. Sin embargo, son muy diferentes de lo previsto por la 'economía de mercado' de la filosofía liberal clásica y la economía política. Aunque el Estado y la economía parezcan esferas separadas, se encuentran intrincadamente interrelacionadas en muchos aspectos, sobre todo en la definición y distribución de los derechos de propiedad, y en el extensivo apoyo e intervención del Estado, que juegan un papel determinante en la inversión y las tasas de ganancia.

Al trabajar en la interfaz de lo público y lo privado, en la mediación de la acción y el conflicto social, los abogados han desempeñado un papel clave en la construcción del capitalismo corporativo, y son fundamentales para su gobernanza y legitimación. Esto se debe también a las técnicas y prácticas de los abogados en la formulación e interpretación de conceptos y normas que son inherentemente maleables e indeterminadas, lo que provee de la flexibilidad necesaria para gestionar las complejas interacciones entre lo privado y lo público. Estas técnicas, y los abogados que las despliegan, también han sido centrales tanto en la construcción del sistema liberal clásico de Estados interdependientes, como en el actual periodo de su fragmentación gradual y la transición hacia la regulación en red y la gobernanza global.

## 2. GLOBALIZACIÓN Y PERSPECTIVAS SOBRE EL PAPEL DEL DERECHO

### 2.1 PERSPECTIVAS SOBRE EL PAPEL DEL DERECHO

El papel del derecho y de los abogados en la gobernanza global se ha analizado de maneras muy diferentes. Un grupo influyente de comentaristas estadounidenses ha discutido la legalización de la política mundial desde una perspectiva esencialmente “Weberiana”, que ve al derecho como proveedor de previsibilidad y certeza a través de un marco de reglas claras que se consideran vinculantes (Goldstein *et al.* 2001). Evalúan la magnitud de la legalización conforme a un espectro basado en tres criterios: que esté basada en normas consideradas vinculantes, que éstas sean precisas, y cuya interpretación ha sido delegada a la adjudicación de un tercero (Abbott *et al.* 2000, p. 404-6). Esta perspectiva ha sido criticada por tener una visión estrecha del derecho (Finnemore y Toope 2001), y se ha señalado que es necesario tomar en cuenta las opiniones divergentes respecto de la relevancia epistemológica de la legalización, y re-enmarcar el debate para incluir procesos de ‘legalización compleja’, que involucra una gama más amplia de participantes (Brütsch y Lehmkuhl 2007, p. 21-27).

Curiosamente, las tres características que se proponen para configurar una legalidad formal, rara vez se encuentran en combinación. En particular, las normas que se consideran vinculantes a menudo no son precisas. Las obligaciones formales, sobre todo en el derecho internacional, suelen expresarse en términos abstractos, ya que se establecen principios generales a largo plazo con el objetivo de generar una amplia aceptación. Por lo tanto, las disposiciones de los tratados multilaterales formalmente vinculantes son a menudo indeterminados y abiertos a la interpretación. Muchos ejemplos de esto pueden encontrarse fácilmente en prácticamente todos los aspectos de la regulación legal (véase 2011, *Passim*). En particular, incluso un estudio superficial de las extensas disposiciones de los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (OMC) muestra el amplio margen de interpretación inherente a las reglas de estos tratados, a pesar de que son tanto formalmente vinculantes como sujetos a la adjudicación de un tercero. Tal indeterminación es difícil de conciliar con la perspectiva de que los Estados entran en los tratados para proveer ‘compromisos creíbles’ a través de reglas claras que garanticen una conducta predecible.

A veces la ambigüedad es resultado de compromisos durante las negociaciones, resultando así en un texto en donde se intentan acomodar puntos de vista encontrados. Un ejemplo de ello, es la disposición del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, que prohíbe la reivindicación de derechos de propiedad intelectual (DPI) sobre el material derivado de recursos filogenéticos ‘en la forma recibida’; lo que deja abiertas a discusión muchas cuestiones fundamentales acerca de los usos legítimos de genes aislados del material vegetal (véase 2011, capítulo 9.2.5.1). Asimismo, los acuerdos de la OMC incluyen muchas disposiciones que plantean problemas de interpretación, que se sabía que eran cuestionables, y que de hecho estaban siendo impugnadas, cuando los textos se negociaron y acordaron (2011, capítulo 8). Varios de los conflictos fundamentales discutidos en la OMC fueron continuaciones o repeticiones de las controversias ya planteadas en su predecesor, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT): por ejemplo, en relación con la seguridad alimentaria, los impuestos a corporaciones, o la concesión obligatoria de licencias de patentes. Lejos de tomar la

oportunidad de resolver estas cuestiones en el contexto político de las negociaciones de la Ronda de Uruguay y concebir resultados acordados en un texto sin ambigüedades, los negociadores a menudo se conformaron con formulaciones generales que, deben haber sabido, enmarcarían batallas futuras.

Tanto la diplomacia como el derecho pueden tomar ventaja de la indeterminación inherente al lenguaje, que toma su significado del contexto social. El lenguaje técnico, en particular, está sujeto a interpretación de acuerdo con las comprensiones de las comunidades especializadas por las que y donde se despliega. Sin embargo, la indeterminación es una característica particular del derecho, ya que no sólo se debe a la ambigüedad inherente al lenguaje, sino también a la naturaleza de la propia legalidad liberal (2007). Las normas jurídicas liberales se expresan normalmente en términos generales y abstractos, con el objetivo de abarcar una amplia gama de posibilidades futuras. Por lo tanto, son intrínsecamente abiertas a la interpretación. Por ejemplo, los principios del comercio sin discriminaciones de trato nacional y trato a nación más favorecida (TN y NMF), que son fundamentales en el derecho económico internacional y constituyen las obligaciones centrales en tratados tanto de comercio como de inversión, no establecen obligaciones claras, sino principios expresados en términos generales.

Adicionalmente, al ser de carácter normativo, las normas legales invitan a interpretaciones teleológicas contendientes por parte de protagonistas que buscan justificar su versión preferida. Entonces, en lugar de proporcionar una base clara y precisa en la que las partes afectadas puedan planificar sus actividades, por lo general, crean un campo en el que dichas partes continúan con sus estrategias en conflicto y competencia, mediadas por interpretaciones en disputa de las reglas. Por lo tanto, para adaptar el famoso aforismo de Clausewitz, la legalización es una continuación de la política por otros medios.

Además, la opinión de que el derecho "duro (hard)" establece reglas precisas, mientras que el derecho cuasi-legal "blando (soft)" es más vago o impreciso, no es sostenible. Por ejemplo, las regulaciones del mercado financiero (examinadas en 2011, capítulo 7), desarrolladas por organismos privados como la International Swaps and Derivatives Association (ISDA) o públicos como el Comité de Basilea de Supervisión Bancaria (BCBS), son tan detalladas como cualquier legislación, pero son formalmente derecho "blando". Por otro lado, desde el punto de vista formalista, los acuerdos de la OMC se califican altamente como ejemplos de legalización, dado que establecieron una enorme cantidad de normas formalmente vinculantes, cuya interpretación ha sido delegada al Órgano de Apelación (OA) de la OMC como juez. Sin embargo, como hemos visto, la sugerencia de que las reglas de la OMC son precisas y sin ambigüedades es altamente dudosa. Se basan en principios abstractos que necesariamente dejan margen para la interpretación, pues a menudo implican un 'balance' de las obligaciones de no-discriminación frente a excepciones permitidas. El mismo OA de la OMC ha descrito el término clave de 'productos similares' como un 'concepto elástico' (2011, capítulo 8.3.2.2).

Por el contrario, incluso en los regímenes que se consideran formalmente no vinculantes, se puede establecer una amplia gama de modalidades de fiscalización y vigilancia en su

cumplimiento, ya que puede incluir en su establecimiento, la adjudicación a terceros<sup>1</sup>. Aunado a esto, la ley blanda y dura interactúan de muchas maneras, para formar lo que se ha descrito como un “maraña” (Webb y Morrison 2004). Por ejemplo, el derecho de la OMC se refiere y, en efecto, pone en práctica las normas voluntarias de los organismos de normalización, tales como las Comisiones del Codex Alimentarius para la seguridad alimentaria (2011, capítulo 8.2.2); y hay muchas maneras en que los códigos empresariales y la industria pueden ser forzadas (2011, capítulo 5.2.2.2). La perspectiva formalista exagera los efectos de la “ley dura” y subestima el papel del derecho duro en los procesos de gobernanza en red, característicos del capitalismo corporativo contemporáneo.

### 2.1.1 *DERECHO EN HETERARQUÍA*

Los conceptos de pluralismo jurídico son mucho más apropiados para el carácter heterárquico de las redes regulatorias. Estos emergieron de la antropología jurídica en el período post-colonial, y se han vuelto importantes en la sociología jurídica. Una perspectiva de pluralismo jurídico es particularmente oportuna, ya que descentraliza el derecho estatal, y saca a la luz tanto la pluralidad y los muchos modos de interacción de los sistemas normativos (e.g. Snyder 2000). Sin embargo, el interés del pluralismo jurídico en las normas de una gran variedad de comunidades y grupos sociales también significa que tiende a considerar al derecho del Estado como cualquier otro sistema normativo. Lo que suele faltar es una teoría o entendimiento del Estado, y de la relación entre el derecho del Estado con otras normas (Fitzpatrick 1984). Por lo tanto, aunque el pluralismo puede ayudar a llamar la atención sobre la existencia y las interacciones de múltiples ordenamientos jurídicos, es propenso a la crítica formulada por von Benda – Beckmann, que expresa “hablar de interrelación, la interacción o la mutua constitución presupone distinguir lo que está entrelazado” (citado en Melissaris 2004, p. 61) o, puesto más agudamente, nos deja con “ambigüedad y la confusión” (Teubner 1992, p. 1444).

El intento más sofisticado y complejo para establecer un análisis conceptual que incorpora un enfoque pluralista ha sido el de Boaventura de Sousa Santos (1987, 1995, 2002). Él distingue su perspectiva de la de la antropología jurídica tradicional que concibe diferentes ordenamientos jurídicos como “entidades separadas que coexisten en el mismo espacio político”, y considera que las actividades socio-jurídicas operan en tres espacios-tiempos: el local, el nacional y el global. Para él, la pérdida de la posición dominante de la ley estatal ha dado paso a un tercer período de la pluralidad jurídica postmoderna: “mientras que antes, el debate estaba en los órdenes jurídicos locales, infraestatales que coexisten en el mismo espacio-tiempo nacional, ahora se encuentra en los órdenes jurídicos supraestatales, globales que coexisten en el sistema mundial tanto con los órdenes jurídicos estatales como con los infraestatales” (Santos 2002, p. 92).

Santos argumenta convincentemente que “vivimos en un tiempo de legalidad porosa o porosidad legal, de múltiples redes de ordenamientos jurídicos que nos obligan a constantes transiciones y trasgresiones. Nuestra vida jurídica está constituida por una intersección de diferentes órdenes legales, es decir, por interlegalidad” (Santos 1995, p. 473). Usa la metáfora de la cartografía para sugerir que los diferentes tipos de derechos se basan en diferentes escalas, proyecciones y simbolizaciones, y que los grupos sociales se

---

<sup>1</sup> Por ejemplo, incluso Nestlé estableció una Comisión dirigida Edmund Muskie, quien fue Secretario de Estado en E.U.A., para atender quejas sobre su código empresarial basado en el código WHO Baby-Milk. Aunque esta comisión fue disuelta después de encontrar algunas violaciones.

vuelven más hábiles en los tipos de acciones adecuados al orden jurídico en el cual han sido socializados predominantemente (Santos 1995, p. 465-466). Sin embargo, su análisis tiende a ser estructuralista: concibe diferentes ordenamientos jurídicos como sobrepuestos, pero mutuamente excluyentes y que “cada construcción legal tiene una coherencia interna” (Santos 1995, p. 473). Por ejemplo, sostiene que la nueva *lex mercatoria* y la proliferación de los negocios y los códigos empresariales constituyen “la emergencia de particularismos jurídicos nuevos” que “crean un espacio jurídico transnacional que a menudo entra en conflicto con el espacio jurídico estatal nacional” (Santos 1995, p. 469). Sin embargo, los conceptos de porosidad e interlegalidad sugieren que los ordenamientos jurídicos son capaces de interpenetración y acomodación, en lugar de estar en conflicto y ser excluyentes.

Analistas de la regulación han intentado captar las características de los diferentes niveles de regulación y sus interacciones. Este tipo de enfoque sobre las interacciones regulatorias despliega conceptos como derecho responsivo o reflexivo. Como parte de la respuesta a la crisis del Estado de Bienestar, Nonet y Selznick (2001) presentaron un nuevo paradigma modernista sobre derecho responsivo, como una evolución de las fases represiva y autónoma del derecho, pues conciben la regulación como un proceso interactivo de desarrollo de métodos para realizar los propósitos expresados a través del derecho y de este modo dilucidan el interés público. Este concepto fue abordado en la teoría de regulación, especialmente por Ayres y Braithwaite (1992), al buscar reafirmar una tradición cívica republicana en la que los niveles de las instituciones sociales, desde el Estado a través de asociaciones de la industria y hasta las empresas individuales, desempeñan diferentes roles en la regulación social, lubricada por un flujo bidireccional de discurso público<sup>2</sup>. Esto puede ayudar a enmarcar una comprensión, por ejemplo, de la relación entre la ley estatal y los códigos de conducta empresariales y de la industria.

La interacción de lo público y lo privado se ha analizado desde esta perspectiva a través del concepto de ‘meta-regulación’, o la supervisión de los organismos públicos sobre la adecuación de la regulación privada. La perspectiva es útil, ya que sugiere que el contenido del derecho y lo que significa su cumplimiento es negociable, aunque quizá acepta demasiado fácilmente que se puede alcanzar consenso, subestimando el comportamiento competitivo y estratégico de los actores en campos legales. Pero parece un lente adecuado para observar, por ejemplo, el enfoque del marco del BCBS Basel II para la gestión del riesgo financiero (discutido el 2011, capítulo 7) que aspiraba a supervisar los sistemas de control de riesgos de los mismos bancos. El concepto de meta-regulación inicialmente fue aplicado al derecho de los Estados nacionales, donde estableció requisitos o principios generales (por ejemplo, para protección ambiental) con los que se espera que cumplan los códigos mucho más específicos de la industria o corporaciones (Gunningham y Grabosky 1998, Parker 2002). El mismo concepto se ha ampliado para describir las “disciplinas” establecidas por el derecho de la OMC sobre los Estados nacionales, por Bronwen Morgan (2003), quien describió las normas de la OMC como ‘meta-regulación global’, o reglas que prescriben cómo deben regularse los Estados. Esta formulación ayuda a caracterizar la forma de los marcos normativos generales, tales como el de BCBS Basel II y la OMC, y su interacción con la legislación nacional; aunque

---

<sup>2</sup> También estaba ligado a la noción general de “pirámide regulatoria” de John Braithwaite, que ve la regulación como un proceso interactivo en el que aquellos que deben hacerla efectiva pueden escalar sus respuestas para motivar o coaccionar la aplicación; el autor ha aplicado estos conceptos a todo tipo de contextos, lo que lo ha llevado a refinarlo en respuesta a críticas y el reconocimiento de algunas de sus limitaciones, mediante la introducción del concepto de “gobernanza global” (Braithwaite 2008, p. 87-108).

quizá sea menos adecuado en relación con las interacciones entre las normas de la OMC con otras disposiciones reglamentarias discutidas en el capítulo 7, tales como las del SPS con las normas del Codex, o las interacciones complejas entre la OMC y los sistemas de regulación de la UIT para las telecomunicaciones.

Un análisis diferente fue propuesto por Gunther Teubner (1983, 1987), cuyo trabajo pionero argumentaba que la emergencia de reflexividad en la ley moderna resultaba del “trilema” creado por el crecimiento de la legislación o juridicidad de la esfera social. Para Teubner es la autonomía de la esfera legal la que genera su auto-referencialidad autopoiética, pero la politización resultante del incremento en la aplicación del derecho en los campos sociales crea expectativas que requieren instrumentalización, tal vez por medio de nuevas formas de auto-regulación. La presión para que la regulación legal vaya más allá de los límites posibles de su autonomía lógica de auto-reproducción, en términos de Teubner, significa que la misma sea irrelevante, o resulta en la desintegración del campo social en el que se aplica o del derecho mismo. De esta manera, el fracaso de la regulación es la regla más que la excepción.

En su trabajo sobre la globalización, Teubner (2004) da la bienvenida a la potencialidad que ofrece para que el derecho se separe más de la esfera política del Estado, y en vez de institucionalizar constituciones para sectores sociales autónomos y las normas que generan, sugiere que puede facilitar nuevas formas de re-politización. Correctamente critica la visión sobre la globalización como un proceso económico que reduce las posibilidades de la regulación a través del derecho, y apunta a la gran variedad de nuevas formas normativas que sustentan la globalización y que buscan validación a través del derecho. Sin embargo, esta perspectiva teórica sistémica significativamente exagera el papel de la autonomía de los mal-definidos sub-sistemas sociales, y de la naturaleza auto-referencial de la generación “neo-espontánea” del “derecho global sin Estado”, de la cual se da como ejemplo a la *lex mercatoria* (Teubner 1997)<sup>3</sup>.

### 2.1.2 LAS PRÁCTICAS DE LOS ABOGADOS

Es importante complementar estas perspectivas, con el análisis del derecho como parte de una estructura social, a través de otras perspectivas que consideran la agencia social. Una aproximación más orientada al actor es tomada por Pierre Bourdieu, quien critica la confusión de la teoría sistémica entre la estructura simbólica del derecho y los órdenes objetivos del campo legal y otros campos profesionales, donde los agentes y las instituciones compiten por el derecho a formular las reglas, “le droit de dire le droit” (Bourdieu 1986, 1987). Esto es especialmente valioso al proveer las bases de estudios empíricos y sociológicos sobre las prácticas de los abogados (McCahery y Picciotto 1995).

Las técnicas y las prácticas desplegadas por los abogados se centran en la formulación e interpretación de los textos legales. Bourdieu argumenta que esto implica la apropiación del “poder simbólico que es potencialmente contenido en el texto”, en términos de

---

<sup>3</sup> Teubner sigue a Luhmann, quien considera que “el derecho es nominativamente cerrado pero cognitivamente abierto”: cerrado en el sentido de que la normatividad debe ser decidida por sus procesos internos auto-referenciales, pero abierta porque es dependiente de ser capaz de determinar si ciertas condiciones factuales han sido logradas (Luhmann 1987, p. 18-20). Muchos han dudado sobre la aplicabilidad de la teoría de la “autopoiesis” (derivada de la biología) a los sistemas sociales, que produce un modelo de sociedad altamente estructuralista; aunque otros rechazan esta crítica, argumentando que los sub-sistemas sociales son vistos como constituyentes de la sociedad a través de sus distintos modos de comunicación.

luchas competitivas por el “control” de el texto legal (Bourdieu 1987, p. 818). Bourdieu sugiere que la coherencia emerge parcialmente a través de la organización social del campo, que produce entendimiento mutuo basado en el “habitus”, y parte porque, para triunfar, las interpretaciones en competencia deben presentarse “como el resultado necesario de una interpretación con principios de textos unánimemente aceptados” (Bourdieu 1987, p. 818).

Esto explica la aparente paradoja de que, mientras los abogados pasan mucho tiempo discutiendo sobre el significado de los textos, generalmente lo hacen desde una perspectiva objetivista. Usualmente prefieren negar que la indeterminación sea inherente a las normas legales, y tienden a atribuir los desacuerdos a la mala redacción y a la falta de claridad en los textos, lo cual crea “lagunas” en la lógica del derecho. La perspectiva de Bourdieu también se puede integrar en el “giro interpretativista” en los estudios socio-legales y en los enfoques críticos al derecho. Estos estudian las maneras por medio de las cuales la indeterminación de los textos legales provee el espacio para desplegar habilidades y técnicas legales, la introducción de preferencias políticas y valores sociales, y finalmente, las maneras en que el derecho es usado y media en las luchas de poder.

Basada en la perspectiva de Bourdieu, la extensiva investigación sociológica de Dezalay y Garth ha proporcionado una explicación sobre la *lex mercatoria* de manera aún más convincente que Santos y Teubner. Los autores examinaron especialmente como el derecho, como práctica social, media transformaciones tanto en la esfera “privada” de la economía como en la esfera “pública” de la política, y en sus interacciones. Argumentan que el concepto de *lex mercatoria* fue un movimiento estratégico en las luchas competitivas entre los centros de arbitraje, en los que los abogados mediaban hábilmente entre las esferas de poder político y empresarial para crear el nuevo ámbito del arbitraje comercial internacional (Dezalay y Garth 1995, 1996). Demuestran entonces como la doctrina aprendida sobre la *lex mercatoria*, respaldada por la autoridad neutral de los grandes profesores europeos quienes la validaron ante los ojos de sus discípulos en el tercer mundo, ayudó a proporcionar una “vía intermedia” en los enfrentamientos poscoloniales sobre el alcance de la soberanía del Estado, especialmente en relación con el control del petróleo. Pero, en la práctica, los arbitrajes legales fueron solo una hebra menor en las negociaciones políticas más amplias (Dezalay y Garth 1995, p. 83-91, 1996, p. 313). En vez de crear un ámbito jurídico privado fuera del ámbito del derecho del Estado, ambos han sido profundamente entrelazados, y la autoridad del derecho, especialmente de los conceptos legales sobre derechos privados, ha sido utilizada para contrarrestar nociones políticas de la soberanía estatal en las luchas por reconfigurar el poder económico y político. Esta perspectiva es también relevante para comprender la apertura de nuevos campos legales, como el rápido crecimiento de arbitraje de inversión en el marco del Área de Libre Comercio del Atlántico Norte (NAFTA) y los acuerdos bilaterales de inversión (BITs, analizados en 2011, capítulo 5.2.1.3).

Dezalay y Garth enfatizan la importancia de estudiar cómo y quién produce el derecho, y su enfoque se centra en las elites legales y los recursos y estrategias que éstas utilizan para dominar la producción legal. La inversión en la especialización jurídica es vista como una manera de crear capital social, y las perspectivas en conflicto sobre el contenido del derecho son vistas como estrategias esenciales en luchas competitivas. El derecho sostiene los ideales de neutralidad y universalidad simplemente para otorgar legitimidad a los poderosos clientes de las elites legales, que son los gobiernos y grandes corporaciones. Los autores consideran que “el derecho y los abogados han sido centrales para lo que puede ser caracterizado como las “estrategias imperialistas” de EEUU a través del siglo

XX” (Dezalay y Garth 2008, p. 718), aunque su rol y características han cambiado. En particular, la enorme inversión reciente en derecho profesionalizado y las tendencias a la legalización, desde la década de 1970, han reemplazado el viejo perfil de “abogado caballero” y generalistas legales, por un “campo multi-polar de poder cuasi-estatal con una división de roles mucho más institucionalizada” (Dezalay y Garth 2008, p 752).

Sin embargo, su énfasis en el estudio de *quién* y *cómo* tiende a ignorar o descartar las preguntas de *qué* y *por qué*. El contenido de los cambios y conflictos políticos y económicos, que proveen fuerzas esenciales motivadoras de cambio, son externas a su perspectiva. En cambio, posicionan el éxito del derecho en la “habilidad de los abogados de tomar los conflictos externos dentro y entre las principales instituciones del Estado y administrarlos trasladándolos al derecho”. Los conflictos se dan entonces entre “facciones que contienden por la definición y el control del Estado” (Dezalay y Garth 2008, p. 756), pero esto no explica la naturaleza o contenido de dichas luchas. Dezalay y Garth aceptan que “el contenido que emerge de esas batallas es importante” (2008, p.719), pero su principal suposición es que los abogados son un grupo de elite actuando en beneficio del poder. Entonces, si los abogados eligen “invertir” en derecho comercial o corporativo, o en derechos humanos, sólo significa una diferencia en términos de la forma de dominación que contribuyen en construir. Los autores señalan con razón que los abogados no siempre favorecen la legalidad liberal, pero se ponen del lado del autoritarismo, mientras que, por otro lado, en una fase diferente del ciclo político, un abogado puede necesitar invertir en legitimidad actuando como “reformista, modernizador, o promotor del bienestar social”. Sin embargo, Dezalay y Garth ven esto como “la gestión preventiva de las desigualdades y tensiones sociales” que se hace mediante “proporcionar canales para el cambio político y social gradual” (2010, p. 251).

Este es un correctivo valioso para perspectivas que quizá aceptan con demasiada facilidad el potencial emancipatorio de algunas formulaciones o campos jurídicos, como los derechos humanos. Al mismo tiempo, también es importante evitar un reduccionismo pesimista que implica que el poder es siempre hegemónico y auto-reproductor, y que las formas de dominación son un epifenómeno. Decir que el derecho media el poder no quiere decir que se trata de una mera pantalla para encubrir las relaciones “reales” de poder que se producen en otro lugar; por el contrario, significa que el ejercicio del poder toma formas legalizadas específicas. Esto también implica un reconocimiento de que las formas jurídicas legitiman la adquisición y el despojo, y por lo tanto, la acumulación de la riqueza, así como la exclusión económica y la desigualdad, y que por supuesto, el derecho regula también el uso legítimo de la fuerza, y por tanto, autoriza la retribución y los castigos físicos y económicos. Pero involucrarse con la crítica de las fuertes aserciones hechas a favor de la neutralidad, objetividad, racionalidad, certeza y predictibilidad que supuestamente el Estado de derecho debería proporcionar, no conlleva a afirmar que la toma de decisiones del gobierno-ley son necesariamente arbitrarias, o que el razonamiento jurídico es irracional o una mera justificación del poder político o económico.

## 2.2 DERECHO Y PODER, PROPIEDAD Y EL ESTADO

Tener en cuenta lo que los abogados hacen también nos ayuda a entender cómo formas jurídicas específicas contribuyen a construir instituciones y relaciones sociales y, por lo tanto, cómo estas afectan la manera particular en que el poder es ejercido. Esto comprende también la consideración sobre el *poder del derecho mismo* como una forma de legitimación. En términos generales, el poder del “Estado de derecho” descansa en las

afirmaciones del liberalismo clásico o la legalidad burguesa para proveer justicia basada en principios universales, que garantizan igualdad de derechos para todos los sujetos legales. La crítica central a estas afirmaciones a favor de la justicia legal es que reforzar la igualdad formal entre quienes son desiguales en términos materiales (en términos económicos, físicos, sociales o políticos) reproduce la desigualdad: “entre la igualdad de derechos, la fuerza prima” (Miéville 2005). Sin embargo, esto nuevamente implica que la desigualdad y el poder son de alguna manera externos al derecho, y que la neutralidad del derecho provee meramente de una cubierta para formas extralegales de poder.

Esto es un grave error, especialmente en el ámbito del derecho económico. Focalizarse en el campo del derecho en general sólo como un equilibrio de derechos específicos es restringir la atención al intercambio económico, donde efectivamente lo único necesario es asegurar el cumplimiento de la aparente igualdad de derechos. Ciertamente, las ideologías tanto del liberalismo clásico como del neoliberalismo contemporáneo consideran que la función del derecho es simplemente hacer cumplir los contratos y proteger los derechos de propiedad. En contra de esto, el Estado de Bienestar argumenta que existe una necesidad de intervención para corregir las “fallas del mercado”, remediar las asimetrías entre partes contrarias, y tal vez incluso para alguna redistribución que corrija las desigualdades sociales excesivas. Por lo tanto, los principios del trato igualitario pueden ser modificados algunas veces al permitir un trato diferenciado, aunque usualmente sin modificar la estructura básica.

Lo que generalmente es ignorado, es el rol del derecho para dar forma y definir los derechos de propiedad de los cuales depende el intercambio, al igual que las extensivas intervenciones estatales que afectan los precios y las tasas de beneficio, que toman lugar a través de la regulación legal. La propiedad es pensada comúnmente como una institución natural, muchas veces fetichizada como el control sobre una cosa. La mayoría de los análisis cometen el error de no tomar en cuenta una perspectiva histórica, y aceptan demasiado fácilmente conceptos des-historizados, particularmente el de “mercado”. De ahí la importancia de adoptar un enfoque que trace el desenvolvimiento histórico de las instituciones centrales del capitalismo. Esto ayuda a iluminar los drásticos cambios que han tenido lugar en el carácter y el contenido de la propiedad, y por consiguientemente tanto en “el mercado” como en el rol del Estado.

La teoría básica nos dice, por supuesto, que el mercado requiere de derechos de propiedad. Más allá de ello, sorprendentemente la teoría académica nos dice poco que sea de utilidad sobre los derechos de propiedad. Esto parece relacionarse ampliamente con la obsesión con el concepto de propiedad privada, que lleva a equiparar a la propiedad con la propiedad privada. Tanto teorías filosóficas y políticas se han enfocado en la justificación de la propiedad privada, y se remontan al menos a la crítica seminal de C. B. Macpherson (1962), y por lo tanto, han sido en gran parte irrelevantes para la complejidad y maleabilidad de la institución de la propiedad, como Andrew Reeve (1991, p. 108-111) ha señalado. La teoría económica, no sorprendentemente, se ha enfocado particularmente en nociones simplistas sobre la propiedad privada. Así, Barzel (1997, p.3) define la propiedad, en términos económicos, como la habilidad de un individuo para consumir un bien, directa o indirectamente a través de un intercambio. En economía del desarrollo, una prescripción común es garantizar los derechos de propiedad; efectivamente, Hernando de Soto ha convertido esta idea en un credo. Sin embargo, estas prescripciones están basadas en una fácil aceptación del fetichismo de la propiedad privada, que imagina, por ejemplo, que proveer títulos individuales de vivienda para ser utilizados como garantía para préstamos podría resolver los problemas de la falta

de servicios urbanos a las favelas. La Sociología ha descuidado enormemente el análisis de la propiedad (Carruthers y Ariovich 2004), y cuando considera el problema se enfoca en las implicaciones de los derechos de propiedad, más que en el análisis de las formas que toman. En la teoría legal, la propuesta de Hohfeld mostró que la propiedad consiste en un grupo de derechos que regulan las relaciones de las personas, y también Robert Hale dejó un importante legado, al argumentar que el derecho define el “antecedente” de las reglas de la propiedad, por lo que el intercambio contractual consiste en una “mutua coerción” (Ireland 2003). Sin embargo, trabajos más recientes han tendido a adoptar una perspectiva de filosofía política (e.g. Waldron 1988) o una de derecho y economía<sup>4</sup>.

De hecho, la forma legal básica de la propiedad y del contrato son infinitamente maleables. En particular, el concepto de derecho de propiedad privada exclusiva se ha extendido a la propiedad intangible o “ficticia”. Por lo tanto, un derecho legal sobre activos, tales como una acción en una empresa, puede ser tratado como un derecho de propiedad privada, con lo que la empresa se concibe como una persona jurídica privada, que se rige por un contrato, y “adueñada” por los accionistas. No sólo las acciones, sino toda clase de instrumentos financieros han sido formulados en términos de combinaciones cada vez más ingeniosas de propiedad y contratos. El concepto “propiedad intelectual” facilitó que las interacciones complejas y contenciosas entre la ciencia y la naturaleza, por un lado, y entre el comercio y los negocios, por el otro, fueran articuladas en términos de control de propiedad sobre las nuevas tecnologías. La literatura, las artes y la vida cultural también se han moldeado por principios de propiedad, y por lo tanto, estos dominan las industrias mediáticas. Similarmente, los contratos se han ido transformando de simples negociaciones entre individuos, y adaptados para servir a todo tipo de propósitos administrativos y regulatorios, que de otra manera serían pensados en el terreno del derecho público (Campbell 1999).

El hábil uso y la adaptación de estas formas de derecho privado han facilitado la continuación de la apropiación privada, a pesar de que la actividad económica y su organización han incrementado su socialización. Este es el caso, sobre todo, de la forma corporativa, que permite la coordinación de la mano de obra y activos en una enorme escala social, pero dentro de un marco de propiedad y control privados. Las corporaciones oligopólicas que llegaron a dominar las principales industrias globales del siglo XX, primero en petróleo, minerales, productos químicos, de ingeniería, automóviles, alimentos y agroindustria, y luego en productos farmacéuticos, informática, medios de comunicación e Internet, pueden generar beneficios extraordinarios. Al mismo tiempo, sus posiciones dominantes dependen, en gran medida, del apoyo del Estado. Muchas requieren concesiones o licencias: las firmas de recursos naturales como petróleo, explotación forestal y minería; ahora también las que se dedican a las telecomunicaciones y radiodifusión; construcción y desarrollo de la propiedad; y una gama alta de servicios profesionales. Otras han dependido de la infraestructura estatal, tales como caminos, ferrocarriles, telecomunicaciones, y energía; y los términos de acceso a estas redes continúan siendo cruciales. Para muchas corporaciones, tales como la industria farmacéutica, aérea y electrónica, el Estado es su mayor cliente. Al mismo tiempo, el enorme crecimiento de los gastos del Estado ha hecho que la incidencia de los impuestos, incluidos los subsidios e incentivos, constituya un elemento importante en la rentabilidad, especialmente en sectores como el petróleo, la minería, la banca y las

---

<sup>4</sup> Hay algunas alternativas y perspectivas críticas, particularmente la crítica de Margaret Radin (1993) a la tendencia dominante en el área de derecho y economía, que la relaciona como otros análisis económicos más radicales.

finanzas. Por lo tanto, la “planificación” tributaria se ha vuelto rutinaria; y, en particular, las empresas transnacionales (TNCs) pueden beneficiarse tanto de la competencia por ofrecer incentivos para atraer inversión, como de las oportunidades de evasión internacional. El incremento de regulación en ámbitos como la protección al consumidor y al medio ambiente también tiene un impacto directo en la rentabilidad. En las industrias de infraestructura básica y de servicios públicos, como las telecomunicaciones, la radiodifusión, el gas, la electricidad y el agua, las decisiones sobre los niveles de inversión en capital fijo, generalmente muy altos, y su financiación por medio de cargos a los consumidores o impuestos generales son de extrema relevancia social. En gran medida, ha sido la dificultad de la gestión de estas decisiones, a través de las burocracias estatales, y su financiamiento por medio de impuestos, lo que dio lugar a la privatización, aunque por lo general bajo la supervisión pública. Esto ha tenido como resultado, diferentes formas de regulación experimental, y cooperaciones público-privadas. Finalmente, como pudimos observar con demasiada crudeza en la crisis de 2008-9, todo el sistema financiero y por lo tanto, la economía mundial dependen muy directamente de la ayuda estatal.

Nada de esto es remotamente parecido a la economía de mercado prevista por Adam Smith o por otros grandes economistas o filósofos políticos liberales. En cambio, la característica clave del “capitalismo regulador” son las estrechas relaciones e interacciones entre lo público y lo privado, el Estado y la economía, el gobierno y las corporaciones. Paradójicamente, sin embargo, hemos visto un proceso paralelo de fragmentación funcional del Estado, así como una mayor descentralización de las empresas, y por tanto, la aparición de redes corporativas y la gobernanza multinivel.

## 2.2 DEL CORPORATIVISMO TRANSNACIONAL A LA GOBERNANZA EN RED

La permanente habilidad de adaptación y reformulación de las formas privadas de derecho para proporcionar las formas institucionales del capitalismo corporativista, puede ayudar a explicar la persistencia de los mitos de la economía de mercado. De hecho, al final del siglo XIX emergió una economía corporativista (descrita en 2011, capítulo 4). Es notable que en el periodo entre 1880-1930 se dieran debates agudos sobre la naturaleza y la forma apropiada de las corporaciones y la competencia, y la emergencia de nuevas formas de regulación legal. Estos debates fueron más fuertes en EEUU, con su ley antimonopolio y Comisiones reguladoras sectoriales; mientras que en Europa y en otras partes, los gobiernos asumieron un papel más directo en el manejo de la economía, al menos a nivel nacional. La competencia y los conflictos inter-Estado de la primera mitad del siglo XX, dieron lugar a una serie de obstáculos para el desarrollo de la política internacional y el derecho público internacional, por lo que los primeros abogados diplomáticos comenzaron a inventar diversas formas de regulación económica internacional basada en derecho privado. Las mayores industrias usaron consorcios para manejar el comercio internacional y el conocimiento de nuevas tecnologías; el transporte internacional fue registrado bajo un sistema privado de manejo denominado “bandera/marca de conveniencia” (2011, capítulo 3.2.3); los conflictos y traslapes de las reivindicaciones nacionales para gravar los negocios internacionales se eliminaron mediante el diseño de estructuras internacionales de evasión fiscal, al utilizar las flexibilidades que ofrecen las formas corporativas y otras figuras legales como los fideicomisos (2011, capítulo 6.3.1).

En la segunda mitad del siglo XX, el derecho regulatorio se transnacionalizó. En gran medida, los abogados de los Estados Unidos, como agentes de las corporaciones cada vez

más poderosas de este país, encabezaron esta iniciativa, al transformar las formas jurídicas. Efectivamente, estos profesionales inventaron las TNC, pues aprovecharon la libertad de incorporación (superando cierta oposición inicial) para crear complejas estructuras de grupos empresariales, explotando las diferencias regulatorias en las jurisdicciones. Estos abogados extendieron el alcance de la ley regulatoria de EEUU a través de expansivas doctrinas jurisdiccionales (capítulo 2.2); y teorizaron sobre el “derecho transnacional”, como una mezcla de derecho nacional e internacional, público y privado, y también atrajeron viejas doctrinas de *jus gentium*, como la de “comity” (2011, capítulo 2.3.1). Las ideas, conceptos e instituciones de EEUU fueron trasplantadas a otros campos jurídicos nacionales, a menudo con la ayuda de abogados locales, algunos de los cuales asumieron dichas perspectivas en el estudio de post-gradados en este país. Sin embargo, estos trasplantes también fueron adaptados en algunos casos por discípulos locales que aplicaron sus propias ideas y condiciones, influenciadas por diversas culturas legales, produciendo sistemas híbridos.

Por ejemplo, la exportación de la filosofía antimonopólica de EEUU a Europa y Japón, resultó en adaptaciones significativas (2011, capítulo 4.3.1); efectivamente la Comisión Europea fue una convertida entusiasta del góspel del derecho de competencia, aunque los abogados de Estados Unidos se quejaron de que en Europa se aplica una versión pervertida de la doctrina. En algunas áreas, los abogados no-estadounidenses hicieron sus propias contribuciones. Como por ejemplo, las técnicas para evitar lo que se percibía como cargas regulatorias de “doble imposición”, explotando las interacciones jurisdiccionales y la personalidad jurídica de las compañías y fideicomisos, se desarrollaron también en el Reino Unido, Francia y los Países Bajos (que se convirtió en la sede de la Oficina Internacional para la Fiscalidad de Documentación). Suiza fue pionera, desde la década de 1930, en el fortalecimiento del secreto bancario para fortalecer el entrepôt financiero y un sistema discreto de banca privada (2011, capítulo 6.3.5). Abogados y banqueros en Londres tomaron ventaja del control relajado de los tipos de cambio del Banco de Inglaterra para usar depósitos en dólar para intercambios libras-dólares, y crearon un mercado del euro-dólar (2011, capítulo 7.1.2). El campo de los derechos de propiedad intelectual ha sido dominado por abogados de Europa continental, especialmente de Alemania y Francia, quienes han estado en primera línea desarrollando el marco internacional y han expandido la propiedad intelectual para asegurar el control de las corporaciones sobre nuevas tecnologías. Esto incluyó tanto el desarrollo de interpretaciones de principios generales, como el derecho de reproducción en copyright, así como el aislamiento de la naturaleza de las patentes, y el desarrollo de nuevos conceptos como la protección de vegetales/plantas (2011, capítulo 9).

Una contribución particular de los abogados europeos han sido las formas de constitucionalismo supra-nacional. De hecho, remontándose a Vitoria y Grotius, los europeos fueron los primeros en crear la noción de *jus gentium* para gestionar y legitimar las complejidades de la conquista y el colonialismo (2011, capítulo 2.1.1). El internacionalismo liberal de la última parte del siglo XIX también creó la primera oleada de las instituciones internacionales, ya sean privadas (como la Cámara Internacional de Comercio), cuasi-públicas (como el Comité Internacional de la Cruz Roja), o intergubernamentales, aunque con una importante participación privada (como las Uniones Internacionales) (2011, capítulo 2.1.2). Los europeos también organizaron y sostuvieron organizaciones para la armonización legal internacional (la Conferencia de La Haya y UNIDROIT) que fueron puestas en marcha a principios del siglo XX, y que tomaron una nueva vida en su segunda mitad. En la segunda mitad del siglo XX se dio primero la construcción de instituciones internacionales de derechos humanos (más

recientemente reforzadas por el Estatuto Internacional de Roma de la Corte Criminal), el Consejo de Europa, y el gran proyecto para la creciente Unión Europea (Madsen y Vauchez 2004). Como la Unión Europea se transformó de una proto-confederación hacia un sistema de gobernanza de multi-niveles, que utiliza diversos modos de coordinación, su desarrollo interactuó con las redes emergentes de la gobernanza económica global, especialmente a través de la OMC.

A pesar de que los dos modelos de gobernanza global, de constitucionalismo supranacional y transnacionalismo, aparentan ser muy diferentes, ha habido un incremento en sus convergencias. Esto sugiere que sus procesos de construcción han compartido una dinámica similar. De hecho, parece ser que las prácticas actuales de los abogados que actúan en favor y algunas veces como críticos del corporativismo capitalista, han tenido similitudes significativas, a pesar de que los contextos en los que operan involucran diferentes culturas legales. Los abogados también han sido influenciados por sus clientes: la dominación económica y militar del gobierno de EEUU en la segunda mitad del siglo XX, ha significado para este gobierno un viraje entre mantener un poder unilateral y apoyar marcos multilaterales. Dado que EEUU inevitablemente dominaría cualquier cuerpo multilateral, estos son más dados a ser propuestos por rivales amistosos, como Canadá o Europa. Con la formación de la Unión Europea como uno de los mayores bloques económicos que hace contrapeso a EEUU, proyectos tales como el de la OMC son cada vez más multilaterales, especialmente con la emergencia de China y un grupo más amplio de importantes países en desarrollo (Brasil, India y Sudáfrica). Sin embargo, el multilateralismo dificulta la toma de decisiones en muchos sentidos, como puede observarse en la Ronda Doha de la OMC (2011, capítulo 8.1.3) y la respuesta a la crisis financiera (2011, capítulo 7.3.2.1).

Por lo tanto, la emergencia de una gobernanza global a pesar de estar dominada por el poder de EEUU, no es solamente un proceso de americanización, si no tal vez una nueva forma de imperio. Esta nueva forma de imperio ha tomado contribuciones no sólo de los estilos de EEUU, sino que también de las “formas de derecho” europeas, latinoamericanas y asiáticas (Dezalay y Garth 2001, 1010, Kagan 2007, Gessner y Nelken 2007). De hecho, esto es un elemento central para el poder del derecho: la capacidad de sus principios generales, normas e instituciones para ofrecer prescripciones universales, mientras son capaces de adaptarse por medio de la interpretación para acomodar las culturas y circunstancias locales.

Más aún, las contribuciones a la construcción del edificio de lo legal se pueden hacer de muchas manos y de diferentes estilos. Los principios legales pueden ser lo suficientemente flexibles para permitir y para absorber desviaciones radicales. Por ejemplo, el movimiento de “open source” ha anulado el paradigma de derechos privados exclusivos de los derechos de propiedad intelectual, pero mediante la reificación de los derechos de autor; una licencia de “open source” provee la flexibilidad para explorar una variedad de métodos, tanto para la organización como para la comercialización de la creatividad y la innovación, basándose en un tipo de propiedad común (2011, capítulo 9.3.3.2). La problemática que se ha desatado por litigios de responsabilidad transnacional, vistos de manera más dramática en el caso Bhopal, no pueden ser descritos simplemente como un intento imperialista por exportar el derecho o la cultura legal de EEUU; pero si ponen en duda la “promesa incierta” del derecho para manejar tanto las actividades azarosas como para compensar a las víctimas (2011, capítulo 5.1.3.2). el derecho no es neutral, da forma y legitima las relaciones sociales de poder, pero la

dirección del cambio no depende sólo o siquiera en gran medida del derecho, sino de procesos sociales más generales de los cuales el derecho es parte.

### 3. CONSTRUYENDO LA GOBERNANZA GLOBAL

#### 3.1 CREATIVIDAD LEGAL, INTERPRETACIONES E INTERACCIONES

El importante papel del derecho en la construcción de instituciones y áreas de gobernanza se debe a la posición clave de los abogados que actúan como profesionistas para clientes privados o cuerpos públicos, y a menudo para ambos, y por lo tanto, han operado en las interfaces entre la esfera privada y la pública, moviéndose entre las dos (Dezalay 1996). Así, William Cromwell pudo facilitar la creación del Estado de Panamá, y luego actuar a favor de los armadores estadounidenses utilizando su conocimiento y contactos en Panamá para crear un sistema de registro conveniente de naves, el cual sería gestionado por John Foster Dulles, quién más tarde se convirtió en Secretario de Estado de EE.UU. Esta idea fue llevada más lejos por Edward Stettinius, antiguo abogado de la industria petrolera y el Secretario de Estado de Roosevelt, quien creó el registro de Liberia para ser ejecutado por una empresa en Virginia (2011, capítulo 3.2.3). De forma similar, Mitchell Carroll primero trabajó para el Departamento de Comercio de EEUU en calidad de representante y asesor de las reuniones internacionales sobre impuestos, luego lideró el Comité Fiscal de la Sociedad de Naciones, donde llevó a cabo para ello, un estudio sobre 26 países, financiado por la fundación Rockefeller, mientras construía una práctica fiscal en la cual representaba firmas como Esso y Univeler, y ayudaba a fundar la Asociación Fiscal Internacional y hacía proselitismo en el medio-oeste y en el Congreso de EEUU, en apoyo a las propuestas de la ONU (2011, capítulo 6.2.2 y Carroll 1978). Sin embargo, estas figuras son abogados diplomáticos, y no necesariamente avanzaron las reivindicaciones del derecho: por ejemplo, Sir Eric Wyndhan White como representante de la Secretaría del GATT se opuso a la creación de una sección legal, la cual fue creada hasta algún tiempo después de su retiro, cuando las circunstancias y la naturaleza de los conflictos comerciales habían cambiado (2001, capítulo 8.3.2.1).

El rol clave del derecho también es importante por las técnicas que los abogados han desarrollado como creadores ideológicos de los textos que definen las instituciones y los terrenos a través de los cuales se conduce la actividad económica. El elemento central de estas técnicas es la habilidad de otorgar interpretaciones autorizadas sobre textos, que sin embargo, son inherentemente indeterminados y altamente maleables. Estas técnicas otorgan grandes ventajas al manejar las interacciones entre diferentes espacios de diseño del derecho, adjudicación, aplicación y efectivización; así como entre las diferentes jurisdicciones y arenas. En ese sentido, el derecho es lo que Halliday y Carruthers (2007) describieron como un proceso recursivo. Los cambios sociales y presiones políticas son mediados a través de la formulación de medidas legislativas o administrativas, que crean un nuevo campo legal potencial. Este campo puede ser descuidado y negado sin el incentivo adecuado, pero si ofrece oportunidades para construir capital legal o explotar posibilidades lucrativas de representación, el trabajo para incentivarlo será intenso. Por lo tanto, la inclusión de cláusulas de arbitraje inversor-Estado de la nueva ola de BIT en la década de 1990 y especialmente el NAFTA, llamó la atención de los abogados que rápidamente estimularon el crecimiento de litigios corporativos contra los Estados y los debates doctrinales correspondientes (2011, capítulo 5.2.1.3). Algunas veces, un nuevo campo puede ser construido mayormente a través de la creatividad legal que haga uso de las disposiciones existentes, como en el caso del desarrollo de los litigios en contra de las

corporaciones empresariales en la década de 1990: en EEUU el redescubrimiento y la reinterpretación del ATCA por Peter Weiss y su equipo de trabajo, y el uso creativo de la responsabilidad extra-contractual para demandar empresas transnacionales en el Reino Unido por parte de la firma de Martin Day (2011, capítulo 5.1.3.2).

Los abogados pueden moverse no sólo entre las esferas de lo público o lo privado, sino que también entre diferentes áreas de lo público o semi-público: realizan lobby en las legislaturas y ayudan a hacer borradores de estatutos; luego conciben nuevas formas legales para acatar, adaptar o evadir las medidas; realizan representaciones para cuerpos del poder ejecutivo y agencias administrativas encargadas de su implementación; y representan a sus clientes ante los tribunales y cortes que producen interpretaciones adjudicables de los textos. Estos procesos han creado y dado forma a las instituciones legales claves del capitalismo corporativo. Notablemente, los debates sobre la concentración corporativa en los EEUU en el periodo entre 1880-1915, fueron mediados por abogados que concibieron las formas legales (acuerdos, fideicomisos, fusiones), realizaron lobby en la legislaturas (Nueva Jersey y Delaware igual que en el Congreso norteamericano) y debatieron interpretaciones sobre el Acto de Sherman con el Ejecutivo y las Cortes (2011, capítulo 4.1.1.2). El resultado fue la creación y legitimación de la firma oligopólica, organizada como grupo corporativo, preparada para extender sus tentáculos alrededor de las TNC.

En efecto, el desarrollo de estas estrategias ha creado la red de gobernanza multi-nivel. Esto puede observarse notablemente en el desarrollo a largo plazo del sistema de patentes internacionales (2011, capítulo 9): fueron los expertos profesionales en patentes quienes moldearon los sistemas nacionales de patentes, y después ayudaron a negociar la Convención de París, y empezaron a desarrollar estrategias para la protección internacional. En particular, en relación con las medicinas, exploraron los límites y ampliaron las fronteras del principio de “aislamiento de la naturaleza”, que comenzó a legitimarse como medio para facilitar y justificar la protección para las cuantiosas inversiones de las grandes firmas farmacéuticas de drogas taquilleras. Al encontrar una oposición importante al fortalecimiento de la Convención de París en la década de 1970, se desplazaron a la arena del comercio y lograron la implantación del Acuerdo TRIPS en la OMC; luego regresaron para avanzar la extensión de la protección a través de medidas nacionales de aplicación y tratados bilaterales (Deere 2009). La maleabilidad de los conceptos también se ha demostrado por la forma como se han manejado los contraataques de los guerreros contra las patentes, mediante la formulación de normas para acceso y distribución de beneficios, y mediando conflictos por el uso del germoplasma vegetal de la biotecnología, mediante el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Agricultura (TI-RFAA) y el Acuerdo de Transferencia de Material y Alimentos, aunque éstos continúan siendo controvertidos y conflictivos (2011, capítulo 9.2).

### 3.2 LEGITIMACIÓN LEGAL Y SUS LÍMITES

Por consiguiente, la fragmentación del sistema internacional clásico del liberalismo es, en gran medida, el resultado de estas estrategias, y ha provisto a los abogados de nuevas e ilimitadas oportunidades. En particular, los últimos treinta años han sido testigos de un enorme crecimiento en el derecho y los abogados transnacionales. A pesar de que los principales campos ahora son fuertemente dominados por firmas internacionales de derecho, hay suficiente espacio para la participación de otros jugadores. Algunos “grandes hombres”, caballeros abogados/diplomáticos y practicantes profesionales continúan

teniendo un lugar notable como árbitros. Firmas nicho son propicias para desarrollar especializaciones, y pueden crecer por medio de expansión o fusión, al igual que aquellas que se especializan en derecho extraterritorial y evasión fiscal, como Appleby, originada en las Bermudas, Maples & Calder de las Caimán, y Mourant du Feu & Jeune de Jersey, que son todas firmas de abogados de dimensiones considerables a nivel internacional. Al mismo tiempo, los críticos y activistas contra el corporativismo también se han movilizado, y han tenido cierto impacto en los patrones emergentes de gobernabilidad. El trabajo de la OMC y sus muchos tentáculos ha sido monitoreado por una variedad de grupos y ONGs, de las cuales algunos de sus expertos, como Martin Khor, se encuentran preeminentemente bien informados y conectados. La combinación del activismo y el conocimiento esotérico también ha impactado en diversas áreas como la de tributación, particularmente después de la creación de Red de Justicia Tributaria. Campañas como aquella en contra del Acuerdo Multilateral sobre Inversión (MAI 2011, capítulo 5.2.1.4), la intervención de los “guerreros de patentes” opuestos a la aplicación de patentes sobre el árbol Neem (MAI 2011, capítulo 9.2.4.1) y el acceso al movimiento de medicinas (MAI 2011, capítulo 9.1.3), han sido bastante efectivas.

Asimismo, la fragmentación de la gobernanza ha puesto un gran peso en el derecho como forma de legitimación, y expuso sus límites. La explotación del arbitraje judicial y la creación de nuevas áreas han dado lugar a acusaciones sobre la privatización y comercialización de la soberanía. Esto puede ser visto, por ejemplo, en el debate sobre los “paraísos fiscales”. Aunque los profesionales privados jugaron un papel fundamental al explotar las provisiones legales existentes en jurisdicciones convenientes y luego al asesorar a sus gobiernos en la creación de nuevas jurisdicciones, estas estrategias al igual que el consecuente desarrollo del sistema financiero “offshore”, deben mucho a la tolerancia, complicidad y el apoyo de las autoridades reguladoras de los países líderes. Sin embargo, cuando se ha dado una reacción política en contra, ha tendido a enfocarse en las soberanías comercializadas de los pequeños paraísos fiscales, ignorando la continua disponibilidad de facilidades en Londres y Nueva York para atraer financiación mediante el secreto bancario (MAI 2011, capítulo 6.3.3 y 6.4.2).

De hecho, a menudo la utilización del derecho es resultado de la imposibilidad de lograr un acuerdo o consenso por vías políticas. En tales situaciones, el derecho puede proporcionar combinaciones sutiles de regulación pública y privada, adecuadas a las circunstancias o campos concretos. Como mencioné anteriormente, la indeterminación del derecho puede proveer una formulación que acomode puntos de vista encontrados, al diferir conflictos para que en un futuro sean resueltos caso por caso. Por ejemplo, los conflictos en Europa sobre la patentabilidad de los métodos comerciales y programas informáticos han impedido que se aclare la provisión EPC, prohibiendo su patentabilidad “en sí misma”, lo que conduce a que la problemática sea resuelta por la formulación sutil de las solicitudes de patentes y el debate en los procedimientos de oposición y litigios (MAI 2011, capítulo 9.2.1). También se ha argumentado que la razón principal por la cual la mayor parte de los derivados de crédito se han mantenido hechos a la medida en contratos negociados de forma privada en el mercado de OTC, se debe a las continuas dudas sobre su incertidumbre, a pesar de los esfuerzos para darles una legitimidad más amplia a través de una regulación más formal (Huault y Rainelli -Le Montagner 2009, 2011, capítulo 7.2.3). Esto demuestra los límites del poder de comunidades cognitivas específicas para crear instituciones sociales con una legitimidad más amplia.

Es en este contexto que podemos considerar el rol de la adjudicación supra-nacional. Esto implica tratar de legitimizar la regulación internacional y diferir las preguntas

políticas duras para que sean tratadas pragmáticamente, caso por caso, en una arena diplomático/legal formalizada. El rol de Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la “transformación de Europa”, para lograr la integración a través del derecho, demostró tanto el poder como el límite de dicha institución. A pesar de que se han establecido tribunales similares en otras regiones, y de hecho parecen estar proliferando, sus decisiones y retóricas son mucho más respetuosas de las soberanías estatales, como es el notable ejemplo de la Corte de Justicia Andina (Huault y Rainelli -Le Montagner 2009, 2011, capítulo 5.2.1.1). Es instructivo notar que el sistema de adjudicación de la OMC fue formulado de manera mucho más modesta, ya que evita cualquier sugerencia de delegar el poder de la toma de decisiones a través de reglas interpretadas por los adjudicadores; y ellos mismos han aceptado respetuosamente el juego, al entrenar sus decisiones, aunque cuidadosamente ajustados a las preocupaciones de la diplomacia comercial, al menos en términos formales (Huault y Rainelli -Le Montagner 2009, 2011, capítulo 8.3.2). El desenvolvimiento del arbitraje en inversión internacional ha sido mucho más problemático, el cual comprende no solamente un sistema procedimental de justicia privada, sino que también implica juicios sobre políticas públicas desde una perspectiva de intereses privados, o al menos corporativos (Huault y Rainelli -Le Montagner 2009, 2011, capítulo 5.2.1.3). Otros ámbitos, como el arbitraje en disputas sobre impuestos de doble imposición se han mantenido en el ámbito privado de manera discreta, rehusándose incluso a la más básica reverencia a la legitimidad legal formal, como son la publicación de decisiones.

Hay dilemas sobre la judicialización parcial. Una vez que los problemas son más expuestos a la luz pública mediante el arbitraje, se hacen más visibles y atraen la atención, y a veces también críticas. Esto sucede especialmente cuando parecen proveer medios privados para lidiar con problemáticas concernientes al ámbito público. Una opción es mantener el impulso legalista y proponer la constitucionalización de la adjudicación supra-nacional. Esto implicaría, por lo menos, mayor claridad en la judicialización de los tribunales: jueces permanentes e independientes en vez de árbitros ad-hoc que continúan representando a clientes privados; audiencias públicas y la publicación de los fallos; el derecho de participación de terceros interesados y a grupos de interés público. Aunque estos parecen pasos lógicos para los abogados, no siempre existe el apoyo político, tal vez por los intereses en conflicto involucrados (por ejemplo, en la inversión en arbitraje: 2011, capítulo 5.2.1.3).

Algunos irían más lejos, constitucionalizando las normas ellos mismos, “equilibrando” derechos económicos con derechos humanos, e incluso consolidando las normas como derechos individuales directamente aplicables en el derecho nacional, con derecho de reclamación por parte de personas jurídicas individuales (incluyendo a las corporaciones) ante la corte supranacional (2011, capítulo 8.3.3). Esto implicaría un tipo de constitucionalismo global ultra-liberal. Algunos teóricos políticos han propuesto modelos neo-kantianos que aceptan la necesidad de fortalecer el marco internacional institucional para proveer el apuntalamiento para “un derecho público democrático cosmopolita”. Sin embargo, esto parece poco diferente del modelo ultra-liberal, reforzado en alguna medida al proveer representatividad a organizaciones regionales e internacionales<sup>5</sup>. El concepto de constitucionalización en sí mismo puede ser interpretado de maneras muy diferentes. En particular, puede tener como objetivo limitar la acción colectiva a través de los Estados u organismos públicos, o ser concebida como una versión facilitadora y democrática (Schneiderman 2008, p. 8-17, 2011, capítulo 8.3). Sin embargo, si Europa ha

---

<sup>5</sup> Este parece ser el argumento de David Held (1995, 1997) y la incisiva crítica de Dryzek (1999).

sido líder en el constitucionalismo supra-nacional, el fracaso del proyecto de la Constitución Europea, a pesar de las diversas contradicciones y problemas de legitimación del “mercado sin estado”, demuestra los límites de la constitucionalización de la gobernanza global. Tal vez el dilema básico es que, por un lado, la acción social y la representación de intereses siguen firmemente enfocados en los Estados nacionales (o subnacionales); mientras que, por otro lado, los elementos dominantes en el capitalismo corporativo confían en su capacidad de controlar la red de gobernanza, la cual de hecho ayudaron a construir.

Roles más modestos pueden plantearse para el derecho en la gobernanza global, aunque no dejan de ser ambiciosos. Desde el punto de vista del derecho internacional público tradicional, la extraordinaria expansión de la legalización internacional es sin duda bienvenida, pero el carácter fragmentado y no coordinado de este crecimiento, en forma de complejos legales autónomos ad-hoc, plantean interrogantes sobre la falta de coherencia del derecho internacional. Esto fue considerado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI) a través de un Grupo de Estudio, cuyas conclusiones fueron cautelosamente tranquilizadoras (CIT 2006). Se consideró que dicha fragmentación es natural y es resultado tanto de la multiplicidad de problemáticas que enfrenta el mundo, como de las “diferentes búsquedas y preferencias de los actores de una sociedad (global) pluralista”. El Grupo estuvo satisfecho con encontrar que “el derecho internacional siempre fue relativamente “fragmentado” debido a la diversidad de los sistemas jurídicos nacionales que participaban en él”; sin embargo, la “vitalidad y la sinergia del sistema y la búsqueda de coherencia en el derecho mismo” se reflejan en las herramientas que ha desarrollado” (CIT 2006, párrafo 11).

Particularmente, las normas de interpretación fueron destacadas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Por supuesto, el AB de la OMC ha confiado en gran medida en éstas, a pesar de que las decisiones de la AB han sido cautelosas y selectivas en la interpretación de las normas de la OMC de maneras en las que pudieran considerarse como contribución a cualquier coherencia sistémica global<sup>6</sup>. Sin embargo, de alguna manera los adjudicadores se han convertido en una comunidad de especialistas, y algunos han servido en diferentes foros, por ejemplo, en el Panel de la OMC o como miembros del AB y como árbitros en inversiones. Algunas decisiones han aplicado principios comunes o crearon vínculos entre regímenes relacionados: por ejemplo, la conveniencia de una agencia regulatoria independiente fue un importante elemento tanto para el reporte del Panel de la OMC en el caso México-Telecomms 2004 (2011, capítulo 8.2.3.3) como para el arbitraje del BIT en el caso Biwater vs Tanzania 2008 (2011, capítulo 5.2.1.3). Ciertamente, existen muchos conceptos comunes como los principios de no-discriminación en regímenes paralelos como los tratados de inversiones y la OMC, pero también diferentes maneras de interpretarlos, por ejemplo, en impuestos o tratados en materia de propiedad intelectual. Por lo tanto, la ILC puede afirmar que el derecho internacional, después de todo, continúa siendo un “sistema legal” y no sólo una colección casual de normas (ILC 2006, 14). Los teóricos y abogados del derecho público internacional continúan investigando las problemáticas de la “interacción de regímenes” (Young 2011).

---

<sup>6</sup> Quizá más los Paneles que el AB mismo (ver 2011, capítulo 9.3.3.1).

Tal vez una propuesta más prometedora que los esquemas de constitucionalización o incluso los intentos de coherencia sea la búsqueda de un derecho administrativo global<sup>7</sup>. Esta propuesta fue guiada particularmente por el Proyecto de Derecho Administrativo Global en la Universidad de Nueva York. Éste comenzó a partir de la comprensión de que hay “un vasto aumento en el alcance y las formas de regulación trans-gubernamental y la administración diseñada para abordar las consecuencias de la interdependencia globalizada”, pero también por la identificación del crecimiento concomitante de un “cuerpo de derecho administrativo global importante y en crecimiento, aunque casi desapercibido” (Kingsbury 2005, p. 15-16). Esto permitió un acercamiento pragmático, al examinar la multiplicidad de instituciones y las arenas para descubrir y analizar las prácticas y principios que se han desarrollado, mientras se adelanta un esquema para la sistematización y propuestas para el desarrollo de un derecho administrativo putativo para la gobernanza global heterárquica. A pesar de que este enfoque podría contribuir a establecer principios de buenas prácticas y procedimientos, es inevitable preguntarse por la cuestión de la legitimidad en la toma de decisión sustantiva, y aquí la conclusión pragmática es pesimista: “no se encuentra disponible ninguna base democrática satisfactoria para la administración global, pero... igualmente se requiere de estructuras administrativas globales para lidiar con los problemas que las democracias nacionales son incapaces de resolver por sí mismas” (Kingsbury 2005, p. 50). Aquí nos enfrentamos nuevamente con el límite del “derecho global sin Estado”.

La reafirmación de una perspectiva de derecho público sin duda puede ser utilizada para desafiar a las instituciones y a arenas altamente privatizadas de la gobernanza global, especialmente el arbitraje internacional de inversión (van Harten y Loughlin 2006, véase 2011, capítulo 5.2.1.3). Sin embargo, al igual que con los modelos de constitucionalización, hay diferentes puntos de vista sobre el papel de la administración pública. En efecto, el régimen de tratados de inversión también se puede ver como una forma clásica de derecho público, ya que establece un marco para la gestión de “la tensión universal entre los derechos de propiedad y el interés público” a nivel internacional, para proporcionar un control de la acción ilegal y arbitraria del Estado (Montt 2009). Desde esta perspectiva, mientras que las reformas procesales podrían ser concedidas, difícilmente podrían resolver el problema de la legitimidad política.

### 3.3 GOBERNANZA TECNOCRÁTICA Y DILEMAS DEMOCRÁTICOS

Estos cuestionamientos sobre el rol del derecho también son parte de un debate más amplio sobre la gobernanza tecnocrática. Los movimientos hacia la legalización no sólo representan un fracaso para resolver los problemas políticamente, sino también la preocupación de que no deberían quedar únicamente en una tecnocracia especializada. Efectivamente, muchas de las cuestiones y ámbitos de importancia global actualmente son gobernados delegándolos a expertos. Por ejemplo, si bien el artículo 27 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (TRIPs por sus siglas en inglés) de la OMC establece ahora un estándar global de patentabilidad, éste toma la forma de un principio expresado en términos amplios y generales. Esto deja abiertas decisiones importantes y específicas sobre patentabilidad, principalmente de relativo a la biotecnología. No se encuentra disponible ningún ámbito

---

<sup>7</sup> Véase [www.iijl.org/GAL](http://www.iijl.org/GAL) por más materiales; en particular, números especiales de *Law & Contemporary Problems* (2005), *European Journal of International Law* (2006), y *Acta Jurídica* (2009). Esto fue una reorientación significativa de trabajos más tempranos (aunque pioneros en sí mismos), que se enfocaron en el impacto de la globalización en el derecho administrativo nacional (ver: Harlow 1999, Aman 2002).

internacional formal para considerar esto, e inclusive en Europa la adjudicación se mantiene a nivel nacional. Este vacío fue zanjado con la creación de una red internacional informacional de la oficina de patente Trilateral, que condujo un estudio técnico sobre la patentabilidad de fragmentos genéticos, facilitando alguna convergencia en sus estándares nacionales (Davies 2002, 2011, capítulo 9.2.2 y 9.2.4). De manera similar, a pesar de la difusión global de leyes para regular la competencia y la considerable convergencia de perspectivas, aún no se ha establecido un marco formal mundial. Sin embargo, redes informales y una comunidad de expertos proporcionan un grado de coordinación que probablemente es tan efectivo como si fuera proporcionado y si se hubiera incluido en la OMC un acuerdo de competencia en el tenor de los TRIPs, como algunos han defendido (2011, capítulo 4.3.3, 4). Muchos ejemplos se podrían expresar sobre este tipo de situación.

Efectivamente, la tecnocracia constituye la principal forma de gobernanza global. Esto resulta, no sólo por las dificultades para llegar a un acuerdo internacional, sino por cambios sociales más fundamentales que han dado lugar a transformaciones del Estado, a su fragmentación funcional y a la emergencia de una gobernanza regulatoria (2011, capítulo 1.2.2). Esto ha dado lugar a cuestionamientos fundamentales sobre la legitimidad de la toma de decisiones tecnocráticas. Situándonos en los Estados nacionales, estos debates han sido resueltos dentro de Estados liberales, principalmente a través del modelo de burocracia weberiana, por medio del cual especialistas tecnocráticos deben tomar decisiones fundadas en una racionalidad instrumental y objetiva, dentro de un marco de valores decididos por procesos políticos a los cuales deben responder. Sin embargo, este modelo ha sufrido mucha presión, dado que una variedad de factores a llevado a una creciente falta de confianza en la ciencia y el conocimiento experto (2011, capítulo 1.3.3). El conocimiento experto es importante y, efectivamente, necesario sobretodo en el actual mundo complejo. Sin embargo, requiere operar en nuevas estructuras que garanticen que dicho conocimiento especializado se desarrolle y desenvuelva de manera responsable y sujeto a rendición de cuentas.

Tomando una perspectiva más amplia, algunas teorías políticas han argumentado que los efectos de la liberalización y la globalización han desatado comportamientos sociales destructivos basados en la búsqueda competitiva del interés personal, ya que las limitaciones normativas e institucionales existentes se ven socavadas o desmanteladas. Estos estudiosos argumentan que es necesaria la reconstrucción de la democracia basada en principios adaptados a la nueva esfera pública, pero que explícitamente tiendan a garantizar las formas más efectivas de participación popular. De hecho, se han estado desarrollando nuevas formas de ciudadanía activa y acción política, comúnmente en función del impacto local y nacional de las políticas regionales o mundiales. Algunas incluso han sido institucionalizadas, por ejemplo, el sistema de presupuesto participativo realizado por primera vez en Porto Alegre y otras partes de Brasil, el cual se ha extendido al resto del mundo, aunque muy a menudo en formas que tienden a reforzar sistemas existentes de clientelismo político (van Zyl 2010, 2011, capítulo 6.1 0,2).

El reconocimiento de que la esfera pública se ha fragmentado en múltiples redes interconectadas y esferas jurisdiccionales superpuestas, enfatiza la importancia de construir la participación democrática a través de nuevos principios políticos, instituciones y prácticas. Estos deben reconocer la diversidad de sitios políticos en los cuales se desarrollan e implementan las políticas públicas, e implicar también, procesos de interacción reflexiva entre dichos sitios.

En particular, Jürgen Habermas (1996, 2011) ha argumentado que dichos principios deben intentar trascender los dos principales modelos constitucionales tradicionales, los cuales están demostrando ser cada vez más inadecuados para la fase contemporánea de la globalización. Por un lado, las concepciones liberales, basadas en una visión de la sociedad como compuesta de individuos que persiguen su propio interés o “preferencias” predeterminadas, ven el papel de la política como un complemento del mercado, y con el objetivo de identificar un interés colectivo, ya sea por medios autoritarios o por medio de la democracia representativa mayoritaria. Sin embargo, el capitalismo post-industrial, con su producción global integrada y redes de comercialización, trae aparejado grandes problemas sociales, ambientales y morales que no pueden ser resueltos adecuadamente mediante la suma de las preferencias, utilizando métodos autoritarios o democráticos. El modelo alternativo del Republicanismo Cívico rechaza la visión reducida sobre el concepto de ciudadanía, basado en sopesar y balancear intereses privados en competencia. Sin embargo, su énfasis en una ética política basada en el bien común, implica un comunitarismo que requiere valores compartidos; lo que es difícil de obtener en el mundo actual que se encuentra culturalmente fragmentado, o puede tomar formas reaccionarias y, por lo tanto, generar conflictos en lugar de consenso.

Habermas ha sugerido que, mientras que estos dos puntos de vista tienden a ver al Estado como el centro, la política deliberativa puede adaptarse a una sociedad descentralizada.

Este concepto de democracia ya no necesita operar con la noción de un todo social centrado en el Estado y concebido como un mandato orientado a objetivos comunes. Así como tampoco representa el todo de un sistema de normas constitucionales que regulan mecánicamente el juego de poderes e intereses, de acuerdo con el modelo de mercado (1996, p. 27).

Otros también han señalado el atractivo de formas directas y deliberativas de la democracia participativa para resolver problemas de maneras que son inviables para otros sistemas representativos:

Las decisiones colectivas se realizan a través de deliberación pública en arenas abiertas a los ciudadanos que utilizan los servicios públicos, o quienes se ven regulados por las decisiones públicas de alguna manera. Pero en la toma de decisiones, esos ciudadanos deben examinar sus propias elecciones a la luz de las deliberaciones pertinentes y las experiencias de otros que se enfrenten a problemas similares en jurisdicciones o subdivisiones de gobierno comparables entre sí (Cohen y Sabel 1997, p. 313-4).

Bajo esta perspectiva, el proceso de toma de decisiones, especialmente en organizaciones públicas, debe resultar lo más alejado posible de una participación democrática activa basada en una razón discursiva o deliberativa, antes que en el razonamiento instrumental. En vez de perseguir el interés individual basado en la asunción de preferencias fijas, el objetivo es traspasar la racionalidad objetivista (en donde las elecciones se consideran realizadas en referencia a principios objetivos y absolutos), sin caer en la trampa del relativismo (Dryzek 1990). Entonces, al aceptar que no hay un solo principio de verdad objetivo, ya que las perspectivas son siempre subjetivas (y entonces, en esa medida, la epistemología es relativista), puede decirse que la verdad es una propiedad emergente de la interacción deliberativa entre perspectivas (y por tanto su ontología es objetiva). En otras palabras, existe una verdad objetiva, aunque sólo podamos conocerla a través de las interacciones subjetivas. Esta es la justificación más básica para la democracia.

La democracia deliberativa acepta la existencia de una diversidad de perspectivas, y tiene como objetivo facilitar la deliberación interactiva sobre los valores, mediante la cual las preferencias pueden cambiar o acomodarse las unas a las otras. El énfasis en el proceso puede ayudar a superar las debilidades de este modelo, cuando es concebido como un ideal político, o como descansando en la generación de consensos únicamente a través del uso público de la razón. Fundamentalmente, deben tenerse en cuenta las desigualdades de poder, que generan conflictos de intereses, así como los desequilibrios en las capacidades para participar en una política basada en el razonamiento.

Por lo tanto, un elemento fundamental es el fomento de la participación informada en la toma de decisiones de manera deliberativa, en lugar de la deliberación de una élite o de expertos. Hay una cierta tensión entre ambas, ya que la evaluación deliberativa de conocimientos o datos especializados conlleva un grado de aislamiento o autonomía de los intereses privados y de otras presiones<sup>8</sup>. Sin embargo, esto puede dar lugar a que los juicios de especialistas o expertos reclamen o se les asigne una autoridad injustificada. Por lo tanto, un elemento central en la deliberación democrática es asegurar una interacción fructífera entre diversos espacios deliberativos, y una toma de conciencia por parte de especialistas de la naturaleza condicional o contingente de sus conocimientos y juicios expertos (Wynne 1992). Entonces, los expertos deberían ser más explícitos en sus evaluaciones acerca de los supuestos detrás de los modelos abstractos que sustentan, y permitir los aportes en la deliberación de otros especialistas, así como perspectivas alternativas y valores sociales.

Esto tiene importantes implicaciones para los abogados, ya que generalmente el derecho estructura las arenas y las interacciones regulatorias, asimismo el derecho media en los conflictos y las interacciones sociales. Como hemos visto, una de las debilidades significativas de la legislación internacional es que ha reforzado la racionalidad instrumental y formal. Notablemente, los adjudicadores internacionales han tendido a confiar en una epistemología cerrada, basada en el objetivismo que aborda conceptos abstractos de los textos a través de una racionalidad instrumental, resultando en decisiones expresadas en términos legalistas. Este modelo cerrado tiende a excluir el debate sobre los valores que intervienen en las elecciones interpretativas realizadas por el adjudicador, lo que implica la aceptación de una responsabilidad más directa y amplia hacia una base política, más que a través de los gobiernos nacionales. También es tecnicista (tomando su parte especialista para el conjunto), ya que su racionalidad cerrada excluye el diálogo reflexivo con los que están fuera de su esfera epistemológica especialista. El razonamiento mostrado en las decisiones del AB de la OMC (2011, capítulo 8) refleja el dilema de rendición de cuentas, el cual generalmente se expresa en términos legalistas, por lo que habitualmente son expresadas en términos legalistas, pero

---

<sup>8</sup> Por lo tanto, el trabajo de Joerges y Neyer sobre el rol de los comités de expertos y científicos en la toma de decisiones regulatorias (Joerges y Neyer 1997, Joerges 1999) las ha caracterizada como “deliberativa”, en el sentido de que los participantes se acercan al problema desde una perspectiva abierta (open-minded) en lugar de partir de posiciones pre-formadas (en particular a favor de los intereses nacionales), buscando lograr el consenso a través de la evaluación de conocimiento válido (Joerges 1999, p. 320). Sin embargo, tiene reservas en el tema, especialmente sobre el manejo de la interacción entre varios tipos de comités, de manera que sigue siendo cuestionable si el sistema de comités de EC “dada una expresión apropiada a la pluralidad de puntos de vista prácticos y éticos que deben ser incluidos en los procesos de valoración del riesgo”. La conclusión parece ser que el sistema ciertamente no es un complejo epistémico cerrado o homogéneo, pero si apertura es limitada o fortuita, si no es que selectiva (Joerges 1999, p. 321). Otros han hecho críticas más explícitas a las maneras en las que la EC restringe la consulta y la participación pública, indicando que a través de su manejo del sistema de comités se ha socavado la legitimidad de algunas redes regulatorias de toma de decisiones en la UE (Landfried 1999, Vos 1999).

astutamente pisan una línea política complicada, destinada a garantizar su aceptabilidad para sus varias bases políticas.

Es claramente ilusorio pensar que el derecho sólo puede proporcionar legitimidad adecuada a la gobernanza global. Sin embargo, es igualmente evidente la importancia de que el derecho y los abogados tengan un rol. Esto incluye ayudar a la construcción de formas y áreas de gobernanza, que están aisladas de la indebida influencia de intereses privados, y que albergan la participación democrática y la deliberación sobre la base de valores y objetivos articulados explícitamente. Los abogados cumplen un papel crucial en acomodar las inquietudes públicas en los intereses privados. Abogar implica prácticas interpretativas que median entre los estándares públicos y los valores expresados en una gran variedad de normas, con aquellas operaciones y actividades particulares de los agentes económicos, al ofrecer la esperanza de que el poder económico pueda ser ejercido en última instancia para el bien general. Sin embargo, esta aspiración es ilusoria a menos que el derecho opere dentro de un marco democrático más amplio, en el que las propias prácticas legales también estén sujetas a altos niveles de transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad. Esto incluye la responsabilidad de cada individuo a reflexionar sobre su propia práctica y la metodología, y a presentar análisis o prescripciones sobre la base de supuestos claramente articulados, y tener debidamente en cuenta las perspectivas de los demás, aun dentro de una evaluación crítica.

#### **Bibliografía:**

- Abbott, K. W. and Snidal, D., 2000. Hard and Soft Law in International Governance. *International Organization*, 54 (3), 421-56.
- Abbott, K., et al., 2000. The Concept of Legalization. *International Organization*, 54 (3), 401-19. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1402965>
- Aman, A.C., 2002. Globalization, Democracy, and the Need for a New Administrative Law. Symposium: New Forms of Governance: Ceding Public Power to Private Actors. *UCLA Law Review*, 49 (6), 1687-716.
- Ayres, I. y Braithwaite, J., 1992. Responsive Regulation. *Transcending the Deregulation Debate*. Oxford University Press.
- Barzel, Y., 1997. *Economic Analysis of Property Rights*. Cambridge University Press.
- Bourdieu, P., 1986. La Force du Droit. Elements pour une sociologie du champ juridique. *Actes de la Recherche en Science Sociales*, 64, 3-19.
- Bourdieu, P., 1987. The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field. *Hastings Law Journal*, 38, 805-53.
- Braithwaite, J., 2008. *Regulatory Capitalism. How it Works, Ideas for Making it Work Better*. Cheltenham, UK: Edward Elgar.
- Brütsch, C. y Lehmkuhl, D., eds., 2007. *Law and Legalization in Transnational Relations*. London: Routledge.

- Campbell, D. I., 1999. The "Hybrid Contract" and the Merging of the Public and Private Law of the Allocation of Economic Goods. *En: N.D. Lewis y D.I. Campbell, eds. Promoting Participation: Law or Politics?* London: Cavendish, 45-73.
- Carroll, M. B., 1978. *Global Perspectives of an International Tax Lawyer*. Hicksville, New York: Exposition Press.
- Carruthers, B. G. and Ariovich, L., 2004. The Sociology of Property Rights. *Annual Review of Sociology*, 30, 23-46.
- Cohen, J. y Sabel, C., 1997. Directly-Deliberative Polyarchy. *European Law Journal*, 3 (4), 313-42.
- Davies, L., 2002. Technical Cooperation and the International Coordination of Patentability of Biotechnological Inventions. *Journal of Law and Society*, 29 (1), 137-62.
- Deere, C., 2009. *The Implementation Game. The TRIPS Agreement and the Global Politics of Intellectual Policy Reform in Developing Countries*. Oxford University Press.
- Dezalay, Y., 1996. Between the State, Law, and the Market: The Social and Professional Stakes in the Construction and Definition of a Regulatory Arena. *En: W. Bratton, et al., eds. International Regulatory Competition and Coordination*. Oxford: Clarendon Press, 59-87.
- Dezalay, Y. y Garth, B., 1995. Merchants of Law as Moral Entrepreneurs: Constructing International Justice from the Competition for Transnational Business Disputes. *Law and Society Review*, 29 (1), 27-64.
- Dezalay, Y. y Garth, B., 1996. *Dealing in Virtue. International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*. Chicago University Press.
- Dezalay, Y. y Garth, B., 2001. *The internationalization of palace wars: lawyers, economists, and the contest to transform Latin American states*. University of Chicago Press.
- Dezalay, Y. y Garth, B., 2008. Law, Lawyers, and Empire. *En: M. Grossberg y C.L. Tomlins, eds. The Cambridge History of Law in America. The Twentieth Century and After (1920-)*. Cambridge University Press, 718-58.
- Dezalay, Y. y Garth, B., 2010. *Asian Legal Revivals: Lawyers in the Shadow of Empire*. University of Chicago Press.
- Dryzek, J. S., 1990. *Discursive Democracy*. Cambridge University Press.
- Dryzek, J. S., 1999. Transnational Democracy. *Journal of Political Philosophy*, 7 (1), 30-51.

- Finnemore, M. and Toope, S. J., 2001. Alternatives to 'Legalization': Richer Views of Law and Politics. *International Organization*, 55 (3), 743-58.
- Fitzpatrick, P., 1984. Law and Societies. *Osgoode Hall Law Journal*, 22 (1), 115-38.
- Gessner, V. y Nelken, D., eds., 2007. *European Ways of Law. Towards a European Sociology of Law*. Oxford: Hart.
- Goldstein, J. et al., eds., 2001. *Legalization and World Politics*. Cambridge, Mass.: MIT Press.
- Gunningham, N. y Grabovsky, P., 1998. *Smart Regulation: Designing Environmental Policy*. Oxford: Clarendon Press.
- Habermas, J., 1996. Three Normative Models of Democracy. *En*: S. Benhabib, ed. *Democracy and Difference. Contesting the Boundaries of the Political*. Cambridge University Press, 21-30.
- Habermas, J., 2001. *The Postnational Constellation*. Cambridge: Polity.
- Halliday, T. C. y Carruthers, B. G., 2007. The Recursivity of Law: Global Norm- Making and National Law-Making in the Globalization of Corporate Insolvency Regimes. *American Journal of Sociology*, 112 (4), 1135-1202.
- Harlow, C., 1999. European Administrative Law and the Global Challenge. *En*: P. Craig y G. D. Burca, eds. *The Evolution of EU Law*. Oxford University Press, 261-85.
- Held, D., 1995. *Democracy and the Global Order. From the Modern State to Cosmopolitan Governance*. Cambridge: Polity Press.
- Held, D., 1997. Cosmopolitan Democracy and the Global Order: A New Agenda. *En*: J. Bohman y M. Lutz-Bachman, eds. *Perpetual Peace*. Cambridge, Mass.: MIT Press, 235-51.
- Huault, I. y Rainelli-Le Montagner, H., 2009. Market Shaping as an Answer to Ambiguities: The Case of Credit Derivatives. *Organization Studies*, 30 (5), 549-75.
- ILC, 2006. *Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*. A/CN.4/L.702. New York: Study Group of the International Law Commission.
- Ireland, P., 2003. Property, Private Government and the Myth of Deregulation. *En*: S. Worthington, ed. *Commercial Law and Commercial Practice*. Oxford: Hart, 85-113.
- Joerges, C., 1999. Good Governance Through Comitology? *En*: C. Joerges y E. Vos, eds. *EU Committees: Social Regulation, Law and Politics*. Hart: Oxford, 311-338.
- Joerges, C. y Neyer, J., 1997. From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Processes: the Constitutionalisation of Comitology. *European Law Journal*, 3 (3), 273-99.

- Kagan, R. A., 2007. Globalization and legal change: The "Americanization" of European law? *Regulation and Governance*, 1 (2), 99-120. Disponible en: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1748-5991.2007.00009.x/abstract>
- Kingsbury, B., Krisch, N. y Stewart, R.B., 2005. The Emergence of Global Administrative Law. *Law & Contemporary Problems*, 68 (3-4), 15-62. Disponible en: <http://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol68/iss3/2>
- Landfried, C., 1999. The European Regulation of Biotechnology by Polycratic Governance. En: C. Joerges y E. Vos, eds. *EU Committees: Social Regulation, Law and Politics*. Oxford: Hart, 173-94.
- Luhmann, N., 1987. The Unity of the Legal System. En: G. Teubner, ed. *Autopoietic law: a new approach to law and society*. Berlin: de Gruyter, 12-35.
- Macpherson, C. B., 1962. *The political theory of possessive individualism: Hobbes to Locke*. Oxford University Press.
- McCahery, J. y Picciotto, S., 1995. Creative Lawyering and the Dynamics of Business Regulation. In: Y. Dezalay y D. Sugarman, eds. *Professional Competition and Professional Power. Lawyers, Accountants and the Social Construction of Markets*. London: Routledge, 238-74.
- Madsen, M. R. y Vauchez, A., 2004. European Constitutionalism at the Cradle. Law and Lawyers in the Construction of a European Political Order (1920- 1960). En: A. Jettinghoff y H. Schepel, eds. *In Lawyers' Circles. Lawyers and European Legal Integration*. Special Issue of *Recht der Werkelijkheid*, 15- 34.
- Melissaris, E., 2004. The More the Merrier? A New Take on Legal Pluralism. *Social & Legal Studies*, 13 (1), 57-79.
- Miéville, C., 2005. *Between equal rights: a Marxist theory of international law*. Leiden: Brill.
- Montt, S., 2009. *State liability in investment arbitration global constitutional and administrative law in the BIT generation*. Oxford: Hart.
- Morgan, B., 2003. The Economization of Politics: Meta-Regulation as a Form of Nonjudicial Legality. *Social & Legal Studies*, 12 (4), 489-523.
- Nonet, P. y Selznick, P., 2001 (orig. 1978). *Law & society in transition: toward responsive law*. New Brunswick, N.J.: Transaction Publishers.
- Parker, C., 2002. *The Open Corporation. Effective Self-regulation and Democracy*. Cambridge University Press.
- Picciotto, S., 2007. Constructing Compliance: Game Playing, Tax Law, and the Regulatory State. *Law & Policy*, 29 (1), 11-30.
- Picciotto, S., 2011. *Regulating Global Corporate Capitalism*. Cambridge University Press.

- Radin, M. J., 1993. *Reinterpreting Property*. Chicago University Press.
- Reeve, A., 1986. *Property*. London: Macmillan.
- Santos, B. d. S., 1987. Law, a Map of Misreading: Towards a Postmodern Conception of Law. *Journal of Law & Society*, 14 (3), 279-302.
- Santos, B. d. S., 1995. *Toward a New Common Sense. Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*. Routledge: London.
- Santos, B. d. S., 2002. *Toward a new legal common sense*. London: Butterworths.
- Schneiderman, D., 2008. *Constitutionalizing economic globalization: investment rules and democracy's promise*. Cambridge University Press.
- Snyder, F., 2000. Global economic networks and global legal pluralism. *En: G. A. Bermann et al., eds. Transatlantic Regulatory Cooperation*. Oxford University Press, 99-115.
- Teubner, G., 1983. Substantive and Reflexive Elements in Modern Law. *Law and Society Review*, 17 (2), 239-86.
- Teubner, G., 1987. Juridification - Concepts, Aspects, Limits, Solutions. *En: G. Teubner, ed. Juridification of Social Spheres. A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law*. Berlin: de Gruyter, 3-49.
- Teubner, G., 1992. The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism. *Cardozo Law Review*, 13, 1443-62.
- Teubner, G., ed., 1997. *Global Law Without a State*. Aldershot: Dartmouth.
- Teubner, G., 2004. Global Private Regimes: Neo-Spontaneous Law and Dual Constitution of Autonomous Sectors? *En: K.-H. Ladeur, ed. Public Governance in the Age of Globalization*. Aldershot: Ashgate, 71-88.
- van Harten, G. and Loughlin, M., 2006. Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law. *European Journal of International Law*, 17 (1), 121-50. Disponible en: <http://www.ejil.org/pdfs/17/1/65.pdf>
- van Zyl, A., 2010. *What is Wrong with the Constituency Development Funds?* International Budget Partnership.
- Vos, E., 1999. *Institutional Frameworks of Community Health and Safety Legislation. Committees, Agencies and Private Bodies*. Oxford: Hart.
- Waldron, J., 1988. *The Right to Private Property*. Oxford: Clarendon Press.
- Webb, K. y Morrison, A., 2004. The Law and Voluntary Codes: Examining the "Tangled Web". *En: K. Webb ed., Voluntary codes: private governance, the public interest and innovation*. Ottawa: Carleton Research Unit for Innovation Science and Environment Carleton University, 97-174.

Wynne, B., 1992. Risk and Social Learning. *En*: S. Krimsky y D. Golding, eds. *Social Theories of Risk*. Westport, Conn.: Praeger, 275-97.

Young, M., ed., 2011. *Régime Interaction in International Law*. Cambridge University Press.