

“La Producción del Derecho Económico Internacional y la Necesidad de una Democracia Cosmopolita”

Javier A. Couso
Facultad de Derecho,
Universidad Diego Portales (Chile).

Trabajo Presentado al SELA, Punta del Este, Junio del 2002.
Borrador. No citar sin la autorización del autor.

“Estamos escribiendo la constitución de la economía global.”

Renato Ruggerio, Ex - Director General de la Organización Mundial del Comercio (OMC)

Nota Introductoria

Este trabajo representa un esfuerzo, por cierto preliminar, de evaluar la forma en que se está configurando el orden económico internacional. Lo que se busca es comenzar a adentrarse en los mecanismos mediante los cuales se está ‘produciendo’ el derecho global en este ámbito. Así, preguntas como ¿quiénes son los actores más relevantes en este proceso? ¿cómo son escogidos? ¿cómo operan? etc., ilustran el foco de mi interés en este tópico. Dado lo vasto del tema a tratar, he partido por analizar un incidente específico que a mi juicio sirve para ilustrar y centrar un poco un debate que por su envergadura global aparece como excesivamente abstracto.

I) Planteamiento del Problema.

En los últimos años, el debate sobre los beneficios y las desventajas de la globalización económica actualmente en curso han dejado de ser exclusivamente un asunto de especialistas, convirtiéndose en cambio en fuente de acaloradas disputas entre políticos, sindicalistas, organizaciones no gubernamentales, y el público en general. Entre los múltiples asuntos que generan debate, la cuestión acerca del rol que juegan organizaciones económicas internacionales tales como la Organización Mundial del Comercio (OMC) o el Fondo Monetario Internacional (FMI) en el diseño de la institucionalidad que acompaña a los procesos de globalización económica, han sido objeto de particular atención.

A partir de este debate, han surgido dos posturas o aproximaciones básicas respecto a la evaluación que se hace de la forma en que se está elaborando la arquitectura institucional de la

globalización económica. Por una parte, se encuentran los que en general celebran el resultado y los mecanismos que se han ido implementando en años recientes, quienes integran una red internacional de académicos, empresarios y funcionarios internacionales vinculados a las organizaciones antes mencionadas. Y por la otra, una igualmente internacionalizada red de personas y grupos que ven con estupor cómo los procesos de globalización económica actualmente en curso terminan con la habilidad de los estados --sobre todo de los menos desarrollados-- de manejar sus economías autónomamente, amén de promover un uso irracional de los recursos naturales y contribuir a la extinción de formas ancestrales de vida cultural (que se dice son aplastadas bajo el peso homogeneizante de la globalización).

Una vez identificados los actores más relevantes de esta disputa, es importante precisar el punto central que los distancia. Como veremos, en la base de lo que los enfrenta subyace un debate acerca de la legitimidad democrática de quienes están tomando las decisiones más importantes en el diseño de las formas de gobernabilidad del nuevo orden en fundación. Esto queda de manifiesto en la acusación por parte del ‘bando anti-globalizador’ —que incluye grupos ecológicos, de defensa de los derechos indígenas, de los consumidores, y otros— sobre la supuesta ‘imposición’ por parte de organismos económicos internacionales de normas de alcance global que privilegiarían intereses comerciales por sobre otros valores, tales como la protección ambiental o estándares laborales que protejan a los trabajadores. Esta acusación es categóricamente rechazada por los representantes oficiales de los gobiernos y por los directivos máximos de los organismos internacionales que coordinan ese tipo de reuniones, los que defienden su accionar recordando que la globalización económica constituye un bien indiscutible (puesto que en último término, argumentan, beneficiará a toda la humanidad, al promover una división internacional del trabajo que redundará en una mayor productividad y en un consiguiente mayor desarrollo económico y disminución de la pobreza) y sosteniendo que, en todo caso, los acuerdos internacionales impugnados por los sectores ‘anti-globalización’ son llevados a cabo por representantes directos de los países involucrados, lo que desvirtuaría el cargo de ‘imposición’ enrostrada por los sectores críticos. Más aún, agregan, quienes asisten a reuniones internacionales como las sucesivas ‘rondas’ del GATT que dieron lugar a la OMC, así como a las frecuentes reuniones que le han seguido, son delegados de gobiernos que en su mayoría gozan de legitimidad democrática, lo que contrasta con las organizaciones no-gubernamentales que suelen protestar en las calles por este tipo de reuniones, las cuales sólo representarían grupos de interés específicos, y no necesariamente a los intereses nacionales involucrados, por muy loables que sean las causas que dicen representar.

A la luz de estas dos versiones radicalmente diferentes del proceso de generación de estándares del comercio global, es importante evaluar si las críticas hechas por los sectores críticos de la globalización tal y como se está desarrollando, tienen alguna base. En particular, en este trabajo me focalizaré en la segunda de las objeciones planteadas por los grupos anti-globalización, el llamado ‘déficit democrático’ de que adolecería el proceso de diseño de la estructura normativa que acompaña a la globalización económica. En otras palabras, lo que me interesa indagar es la plausibilidad del aserto que plantea la existencia de una ‘imposición’ de reglas económicas internacionales por parte de sectores tecnocráticos enquistados en la conducción de las economías de la mayoría de los países involucrados y en las organizaciones económicas internacionales que sirven de apoyo a estos procesos (los que, a juicio de los críticos del sistema, estarían tomando decisiones a nombre de las millones de personas que en definitiva se verán afectados por estos procesos).

Dado lo vasto del problema enunciado y las dificultades inherentes a un proyecto de esta envergadura (sobre todo si es abordado desde una región periférica como la nuestra, es decir, alejada de los centros neurálgicos en que este tipo de procesos tienen lugar), he decidido abordar este problema a través del expediente de analizar un incidente vinculado a la producción del marco regulatorio de la economía global, cuya importancia queda de manifiesto en el hecho de que fue específicamente a propósito del mismo que el entonces Director de la OMC pronunció la frase que he reproducido al comienzo de este artículo. El caso al que me refiero es el proceso por el cual la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD), cuerpo internacional en el que se reúnen las naciones más desarrolladas del mundo¹, intentó promover la adopción de un acuerdo mundial para la protección de la inversión extranjera, conocido como el “Acuerdo Multilateral sobre las Inversiones” - *Multilateral Agreement on Investment* (MAI). Lo ocurrido a propósito del MAI es significativo, porque ofrece claves importantes para comenzar a entender los complejos mecanismos que caracterizan estos procesos.

II) El Acuerdo Multilateral de Protección a la Inversión Extranjera (MAI).

En 1997 se hizo público que la OECD se encontraba negociando un acuerdo multilateral sobre la inversión extranjera². El MAI constituía un intento por formular una legislación de alcance global que proveyera una estructura regulatoria básica para la inversión extranjera. Por ello, era considerada por sus autores como un “*complemento necesario*” a las reglas del comercio internacional³. El objetivo del MAI era proveer nuevos derechos y garantías a los inversionistas vis-a-vis las naciones receptoras de inversión extranjera, lo que se decía, redundaría en un incremento del rol de la inversión extranjera en la economía internacional.

Entre las provisiones del borrador propuesto para el MAI, existía una sección dedicada a la protección de los inversionistas extranjeros para el caso que medidas regulatorias tomadas por los gobiernos huéspedes les provocaran pérdidas económicas. Dicha cláusula, que en efecto planteaba la prohibición de las denominadas ‘*expropiaciones regulatorias*’⁴ --conocidas en

¹Los países miembros son: Estados Unidos, Alemania, Reino Unido, Francia, Japón, Italia, Australia, Canadá, Holanda, Bélgica, Luxemburgo, Suiza, Suecia, Nueva Zelanda, Noruega, España, Portugal, Dinamarca, Austria, Finlandia, Irlanda, Islandia, Grecia, México, Turquía, Polonia, Dorea, República Checa y Hungría.

² Las negociaciones que llevaron al MAI comenzaron en mayo del 1995, cuando la OECD lanzó sus negociaciones entre representantes de los 29 miembros y un ‘grupo de expertos’ en comercio e inversiones internacionales. La escritura del borrador fue llevado a cabo en secreto hasta 1997, cuando ciertas ONGs tuvieron acceso a un borrador de 145 páginas hecho por el equipo negociador de la OECD. Las ONGs denunciaron el contenido como una conspiración por parte de las naciones ricas y la comunidad comercial internacional con el fin de “*discutir en privado los términos de lo que constituía una constitución global que endiosaba los derechos de los inversionistas por sobre de los de las naciones en desarrollo en cuanto a asuntos de medio ambiente, salud y seguridad.*”

³El borrador del MAI comenzó a ser escrito casi al mismo tiempo que la WTO inició su rol como la organización responsable de la aplicación de las normas de protección para el comercio internacional. Los expertos de la OECD que lanzaron las negociaciones de un acuerdo multilateral sobre la inversión extranjera sostuvieron que el MAI era un “complemento necesario” al comercio global, dado el hecho que la distinción entre “comercio” e “inversión” se estaba desdibujando como consecuencia de la propia globalización de la economía.

⁴ La doctrina conocida como ‘*regulatory takings*’, tiene como objetivo el extender la lógica de la jurisprudencia de las expropiaciones tradicionales – que requieren compensación por parte de los gobiernos cuando se expropia

ingles como ‘*regulatory takings*’ --representaba un cambio radical en cuanto a los conceptos tradicionales de las doctrinas de expropiación propias del derecho constitucional de la totalidad de los países de la OECD. De hecho, como veremos, es realmente sorprendente que un acuerdo internacional incorporara un planteamiento tan extremo acerca del derecho expropiatorio, uno que le exigía a los gobiernos huéspedes compensar a las corporaciones extranjeras afectadas negativamente por regulaciones estatales introducidas para la protección del medio ambiente, la salud pública, o la seguridad laboral. De hecho, mi interés en este asunto derivó de la sorpresa de ver plasmado en el borrador de un acuerdo elaborado para regir el tratamiento universal de la inversión extranjera, una posición doctrinaria que ha sido generalmente rechazada por los países cuyos representantes elaboraron dicho acuerdo, y que suele ser considerada por la literatura especializada como una postura extremista. Esto me llevó a tomar en serio la posibilidad de que algo extraño estuviera ocurriendo en la toma de decisiones del marco regulatorio global de la economía. Si no ¿cómo era posible que los negociadores de la OECD hubieran llegado a un acuerdo adoptando una doctrina considerada como extrema incluso en los Estados Unidos, el país que dió origen a la noción de ‘*regulatory takings*’?

Este interés se vio reforzado al advertir que no sólo había ocurrido lo dicho, sino que además la propia radicalidad de lo adoptado eventualmente llevó a este proyecto a fracasar estrepitosamente,⁵ gracias a que una organización de protección al consumidor y de talante ‘anti-globalizador’ detectó a tiempo este proyecto y llevó una campaña en definitiva fatal para el mismo.⁶

Por todo lo dicho, el surgimiento y caída del MAI provee un interesante punto de partida para comenzar a entender cómo intereses multilaterales corporativos, el discurso de los expertos, y las redes internacionales de ONGs, se conjugan en el complejo mundo que rodea la elaboración del derecho económico internacional.

La estructura del artículo es la siguiente: en primer lugar, se analizará brevemente la relación entre la globalización económica y el derecho, para luego describir el proceso de elaboración del MAI y analizar sus cláusulas expropiatorias, con el fin de sustentar el argumento que éstas representaban una innovación radical en el tratamiento de las relaciones entre la regulación de la economía por parte del estado, y los derechos de propiedad privada. Finalmente, se hará una breve reflexión sobre los desafíos a la gobernabilidad y a la posibilidad de la democracia en esta area planteados por los presentes procesos de producción global del derecho.

propiedad privada, es decir, cuando se transfiere el dominio de ésta al estado- a casos en los que la regulación gubernamental del uso de la propiedad tiene un impacto económico adverso sobre la propiedad privada. (Una buena discusión del debate sobre las ‘*regulatory takings*’ puede hallarse en Sax, 1964; Sax 1971; Michelman, 1971 & 1988; Epstein, 1985; Siegan, 1980; Petersen, 1989; Fischel, 1996; and Coyle, 1993).

⁵ Esto porque el descubrimiento por parte de una ONG norteamericana acerca de la existencia del texto del MAI, y el generalizado rechazo consiguiente, llevaron al Consejo de Ministros de la OECD a anunciar que iba a comenzar un “*período de evaluación y consulta*”, antes de presentar el borrador propuesto para ser considerado por los países miembros. Un par de meses después, en diciembre de 1998, la OECD efectivamente suspendió las negociaciones de un acuerdo multilateral sobre inversiones.

⁶ La entidad a que me refiero es la ONG estadounidense ‘*Public Citizen*’, vinculada a Ralph Nader, destacado defensor de los derechos del consumidor en dicho país. Cabe destacar que este incidente marcó la primera vez que una coalición internacional de ONGs tuvo éxito en el bloqueo de un acuerdo internacional de comercio de esta envergadura.

III) Globalización y Derecho

La relación entre la globalización y las políticas públicas ha sido objeto de una significativa atención académica en los últimos años (Reinicke, 1998). Normalmente, quienes se interesan por este tópico estudian las limitaciones que la interdependencia económica le presenta al diseño doméstico de políticas públicas, en particular en relación con a las políticas monetarias, fiscales y laborales (Bauman, 1999; Gray, 1998; Held, 1995).⁷ A pesar de que todavía hay debate sobre el grado de avance y la irreversibilidad de los procesos de globalización económica y sobre su contribución al bienestar de los individuos (Kagan, 1998), pocos disputan el hecho que el rango de acción del diseño doméstico de políticas se ha visto constreñido por la globalización económica (Baker, Epstein & Pollin, 1998; Rodrik, 1996).

Un aspecto importante de la globalización es el derecho, ya que las políticas públicas a menudo se expresan en normas jurídicas. En todo caso, normalmente se entiende al derecho como jugando un rol meramente accesorio en estos procesos, perspectiva desde la cual la globalización del derecho sería simplemente una consecuencia de la globalización económica (Shapiro, 1994). De acuerdo a esta concepción, el surgimiento de una economía mundial cada vez más interdependiente habría gatillado el desarrollo de leyes globales. En efecto –continúa el argumento– los avances revolucionarios experimentados por las tecnologías de comunicaciones y transportes, y las posibilidades que éstas crearon para una producción e intercambio global de bienes y servicios constituirían la causa última de la globalización del derecho. Esta visión es, sin embargo, incompleta, dado que aunque las mejores tecnologías de las comunicaciones y la disponibilidad los transportes mejores y más baratos han efectivamente sido condiciones necesarias para la globalización de la economía, no fueron por sí mismas suficientes para la creación de una economía global, que necesariamente requiere un telón de fondo estructurante de reglas del juego. En efecto, de la misma manera en que el derecho fue una precondition importante para el desarrollo de los mercados domésticos (North, 1990; Williamson, 1985), el derecho también ha jugado un rol fundamental en el desarrollo de los mercados globales. Así, la ley global, en vez de constituirse en una mera consecuencia de la globalización económica, debe ser reconocida como uno de sus elementos facilitadores.

Este entendimiento ‘constitutivo’ del derecho en la introducción de la globalización económica va en contra de otro error común, esto es, la noción que la globalización es una tendencia auto-impulsada, inexorable, y probablemente irreversible, generada por fuerzas que están, casi todas, fuera del control humano (Giddens, 1999).⁸ Por el contrario, creemos que lejos de ser irreversible y fruto de una suerte de evolución natural, el desarrollo de una economía globalizada requiere la actualización consciente de una estructura de fondo de leyes y regulaciones (Gray, 1998). Esta aproximación al problema, por cierto tributaria de los aportes

⁷ Entre estos académicos, la postura de Bauman, relativa a los límites impuestos a las políticas públicas domésticas por parte de la globalización económica es la más radical. Sostiene Bauman que: “Las autoridades de los estados ni siquiera pretenden ser capaces ni estar dispuestas a garantizar la seguridad social y económica de aquellos a su cargo; los políticos de todas las tendencias han dejado claro que en vista de las constricciones impuestas por la competitividad, eficiencia y flexibilidad ya *no nos podemos permitir* redes colectivas de seguridad.” En Zygmunt Bauman, *In Search of Politics* (Stanford: Stanford University Press, 1999) Página 40.

⁸ Así como en la representación clásica del funcionamiento de los mercados – a través de una ‘*mano invisible*’--, la globalización desde este punto de vista sería el resultado de fuerzas invisibles que se escapan al control humano.

que Karl Polanyi hiciera hace ya medio siglo a la historia económica (Polanyi,1944), amerita ser tomada en cuenta en estos tiempos en los que la inexorabilidad de la economía global de libre mercado se ha vuelto en un lugar común para muchos políticos, creadores de políticas públicas y académicos. De hecho, tanto la producción como el consumo global son ahora posibles gracias a los aportes de un conjunto de instituciones legales creadas en las últimas décadas, las que, en combinación con altos niveles de desarrollo de las tecnologías de la información y mejoramientos en el area de las comunicaciones, pavimentaron el camino para el desarrollo de un mercado global incipiente.

IV) La Demanda de las Corporaciones Transnacionales por una Estructura Internacional para la Inversión Extranjera Directa - Direct Foreign Investment (DFI).

Durante las últimas décadas, las industrias transnacionales de los países desarrollados han estado reubicando un creciente número de sus procesos de producción a países en desarrollo que ofrecen costos laborales más bajos y ambientes de negocios menos regulados. Aparte de la re-ubicación de los procesos de producción (*'out-sourcing'*), el involucramiento extranjero en industrias explotadoras, tales como la minería, la forestal y la pesca, ha llegado a altos niveles, convirtiendo a la inversión extranjera directa (DFI) en un factor importante para el futuro económico de casi todas las naciones en desarrollo.⁹ Este hecho ha sido celebrado por los muchos que subrayan las ventajas producidas por el comercio y la inversión internacional: resultaría en la creación de una división global del trabajo, encargándose así de promover la productividad de todos los países participantes.¹⁰

Otro elemento que contribuyó al aumento del DFI fue la liberalización del comercio en sí. En efecto, la caída de los aranceles de importación y de otras barreras arancelarias para el comercio, resultado de cuatro décadas de negociaciones del GATT, habían contribuido sustancialmente al impresionante crecimiento del comercio internacional existente a fines de los años noventa. En consecuencia, la competencia global se vió acelerada. En este escenario, más y más empresas e industrias de países de la OECD se vieron forzados a considerar la reubicación de una parte de su producción manufacturera a lugares con costos laborales más bajos y estándares medio-ambientales más laxos. El argumento es que si las corporaciones de las naciones afluentes tienen la misma oportunidad de producir la mayoría de sus productos en el

⁹ Sin embargo, el aumento en la magnitud de la inversión extranjera ha producido importantes reparos relativos a la brecha cada vez más grande entre naciones pobres y ricas en base a un sistema donde las compañías extranjeras aumentan sus ganancias pagando sueldos bajos a los trabajadores de las naciones 'huéspedes'. Otros se manifiestan preocupados por el impacto adverso sobre el medio ambiente producido por inversiones y comercio internacionales crecientes. De manera parecida, en los últimos años se ha producido una creciente toma de conciencia respecto a los peligros de emprender una "carrera al suelo" (*'race to the bottom'*), que consistiría en la oferta de cada vez peores estándares de medio ambiente, salud y seguridad laborales producto de la competencia entre países pobres por atraer inversión extranjera mediante la reducción de las regulaciones sociales que impacten de manera adversa el ambiente de negocios. Paralelamente, existen también aquellos que descuentan los riesgos creados por la globalización económica, y que postulan que a pesar de tanto discurso sobre la globalización, casi todos los países siguen teniendo economías bastante autárquicas. De hecho, nos muestran que incluso en un país supuestamente tan globalizado como los EE.UU., las importaciones y exportaciones sólo representan al rededor del 12 % del total del producto económico.

¹⁰ Ver Reinicke.

mismo lugar y bajo las mismas condiciones que sus contrapartes del tercer mundo, entonces van a poder tanto reducir sus costos de producción como encarar los desafíos de la competencia mundial de manera más satisfactoria. Así, un régimen de comercio más libre incrementó el atractivo de la DFI en países en desarrollo por parte de países de la OECD.

Una vez que los cambios tecnológicos y políticos arriba mencionados llevaron a las compañías basadas en los países de la OECD a reubicar sus procesos de producción en otras naciones, eventualmente las mismas apelaron al derecho para conseguir más seguridad y predictibilidad. Esto, dado que las inversiones productivas —en oposición a las inversiones de capital a corto plazo— típicamente toman un lapso extenso de tiempo. Más aún, tomando en cuenta los enormes montos de capital invertidos en, por ejemplo, la industria minera, que sólo retornan ganancias después de años, los inversionistas extranjeros advirtieron la necesidad de presionar a los países en que invertían a que les proveyeran mayores garantías. Esto porque cualquier cambio en ‘las reglas del juego’ que regulan la repatriaciones de las ganancias, las regulaciones laborales, los estándares ambientales, etc., representan amenazas tan reales para dichos intereses económicos como lo son los cambios repentinos en los precios de las mercaderías o una crisis económica general. La diferencia con este tipo de eventos fortuitos, sin embargo, es que en el caso de las estructuras legales que gobiernan las reglas de la inversión extranjera, sí se pueden tomar medidas tendientes a aumentar el grado de predictibilidad, en la medida que dichas reglas se ‘enquisten’ en el sistema a través de leyes casi imposibles de cambiar, tales como textos constitucionales o acuerdos internacionales.

A este respecto, históricamente la preocupación más importante de los inversionistas de los países del OECD en países en desarrollo había sido el miedo a la expropiación o la ‘nacionalización’ de sus activos. En atención a este tipo de experiencias --realmente traumáticas para quienes las experimentaron--¹¹, inversionistas extranjeros del mundo desarrollado en países del tercer mundo típicamente reclaman la existencia de cláusulas constitucionales protectoras de los derechos de propiedad que los protejan en contra de expropiaciones sin compensación, y que se encuentren resguardadas por tribunales de justicia imparciales e independientes de los gobiernos en cuestión.

En las últimas dos décadas, sin embargo, el riesgo de expropiación ‘a secas’ ha disminuido considerablemente, tanto porque el pensamiento económico entre las élites políticas del mundo en desarrollo ahora considera la ‘nacionalización’ como una medida económicamente ineficiente, como porque las actuales circunstancias económicas obligan a los países en desarrollo a buscar activamente inversión extranjera (y las nacionalizaciones afectarían negativamente la entrada del capital extranjero, el que sería auyentado por el destino de compañías anteriormente expropiadas).

Este nuevo escenario, más benigno para la inversión extranjera, todavía presenta, sin embargo, riesgos para las corporaciones multinacionales que invierten en naciones en desarrollo. Esto porque aún persiste una manera más sutil en que los inversionistas extranjeros pueden ser parcialmente ‘expropiados’, esto es, mediante regulaciones gubernamentales que produzcan una

¹¹ Las llamadas ‘nacionalizaciones’ de industrias extranjeras a partir de mediados del siglo XX consistían en la estatización de industrias sin compensación a sus dueños, o con pagos diferidos que en la práctica significaban cuantiosas pérdidas a sus antiguos dueños. Entre estos, podemos mencionar la nacionalización del petróleo en México en los años cuarenta, hecha contra empresas estadounidenses, y la nacionalización de empresas cupríferas – también norteamericanas-- en Chile, durante el periodo 1967-1972.

disminución en las ganancias de las referidas empresas extranjeras, lo que en la jerga legal estadounidense se entiende como ‘*regulatory takings*’ (o ‘*expropiaciones regulatorias*’).

Conscientes de la existencia de esta forma más sofisticada de expropiación, los expertos negociadores de la OECD incluyeron en el borrador del MAI una provisión que estipulaba el deber de los gobiernos huéspedes de compensar a los inversionistas extranjeros cuando sus regulaciones produjeran ‘*expropiaciones regulatorias*’.

V) Derechos de Propiedad y las ‘Expropiaciones Regulatorias’.

El concepto de *expropiación regulatoria* se refiere a los efectos expropiatorios de la regulación de la propiedad privada. Mientras en una confiscación tradicional el gobierno depriva físicamente a un propietario de su dominio, en el caso de una *expropiación regulatoria*, se sostiene que el gobierno hace efectiva una expropiación *de facto* a través de una regulación que sustancialmente reduce o elimina completamente el valor de la propiedad. Un ejemplo de una *expropiación regulatoria* que se menciona a menudo es la regulación del uso de la tierra que prohíbe el desarrollo de un terreno por motivos de protección al medio ambiente. Este tipo de regulación puede llevar a que el valor económico de la propiedad se vea sustancialmente disminuido. Cuando esto ocurre, argumentan los que apoyan esta doctrina, el derecho debiera tratar dicha regulación como el equivalente funcional de una confiscación. Contra esta aspiración, sin embargo, se suele objetar que desde principios del constitucionalismo moderno el requerimiento compensatorio a raíz de expropiaciones gubernamentales de la propiedad privada ha sido entendido como sólo aplicable a casos de confiscación o expropiación abierta, esto es, a casos en los que las autoridades del gobierno han físicamente privado a un propietario de su dominio.

En 1922, sin embargo, la Corte Suprema de los EE.UU. estableció por primera vez que “*si la regulación va demasiado lejos*”, como lo expresó el Juez Holmes, ésta también puede constituir una expropiación de propiedad privada que debe ser compensada¹². Después del *New Deal*, sin embargo, las cortes norteamericanas prácticamente abandonaron este tipo de doctrina y dejaron a la discreción de la legislatura estatal y federal la decisión de si compensar o no a quienes se vieran afectados por regulaciones. De hecho, casi nunca fallaron que la regulación debatida hubiera ido lo suficientemente ‘lejos’, como para requerir compensación para los dueños de la propiedad afectada negativamente por dichas regulaciones.¹³

¹² . El caso, *Pennsylvania Coal Co. vs. Mahon* 260 U.S. 393 (1922), involucraba una demanda por parte de una compañía minera en contra de la constitucionalidad de una ley estatal que prohibía la extracción de carbón del subsuelo de sitios urbanos por razones de seguridad pública.

¹³ Ver Robert Meltz, Dwight H. Merriam & Richard M. Frank, *The Takings Issue: Constitutional Limits on Land Use Control and Environmental Regulation* (Washington D.C.: Island Press, 1999). Además de los EE.UU., también otros países tienen que lidiar con el asunto de las expropiaciones regulatorias. Así, por ejemplo, la Constitución de Chile de 1980 estableció una fuerte protección constitucional de los derechos de propiedad, incluyendo el deber de compensar por las expropiaciones regulatorias. Otro caso interesante es Canadá, que rechazó la inclusión del derecho a propiedad privada a su Constitución (*Bill of Rights*) por preocupación que el nuevo poder de ‘judicial review’ de su Corte Suprema pudiera conducir al posicionamiento de derechos económicos por sobre las decisiones de los poderes gubernamentales elegidos democráticamente. Asimismo, los países europeos no contemplan una protección del derecho de propiedad en contra de ‘*expropiaciones regulatorias*’.

A pesar del olvido que sufrieron las expropiaciones regulatorias después de la era del New Deal, desde el principio de los ochenta –coincidiendo con los años de Reagan – esta doctrina volvió al primer plano de los debates legales y políticos gracias a las campañas agresivas de ciertos académicos neo-liberales¹⁴ y fundaciones pro-mercado como la *Pacific Legal Foundation* para resucitar la vieja doctrina de las ‘expropiaciones regulatorias’.¹⁵ Estos esfuerzos llevaron a que se produjeran un par de decisiones de la Corte Suprema de los EE.UU., que parecían indicar que cambiaría su doctrina de medio siglo en esta materia¹⁶. A pesar de estas decisiones, que como digo, parecieron sugerir que la Corte iba a comenzar a vigilar los efectos expropiatorios de la regulación gubernamental de la propiedad, la reincorporación de las expropiaciones administrativas al derecho constitucional norteamericano nunca tuvo lugar del todo. En consecuencia, los propulsores del derecho de propiedad se convencieron de la necesidad de introducir una reforma a la Constitución de los EE.UU. explícitamente obligando al gobierno a compensar cuando la regulación de los usos de la propiedad disminuyeran sustancialmente el valor económico de la propiedad. La oportunidad se dio en 1994, cuando los Republicanos presentaron su “Contrato con América” (*Contract With America*), que precisamente incluía una provisión respecto a las expropiaciones regulatorias, que obligaba al gobierno a compensar cuando las regulaciones disminuían el valor de la propiedad afectada en un 70% o más de su valor anterior. Cuando el “Contrato con América” fracasó, los propulsores del derecho de propiedad continuaron a esperando que se presentara la oportunidad –todavía abierta – de que la Corte Suprema revierta su postura a favor de la regulación gubernamental del uso de la propiedad privada.¹⁷

Con el fin de plasmar el contexto político en que se da actualmente la doctrina de las expropiaciones regulatorias, la siguiente editorial de la publicación chilena, conocida por su defensa del pensamiento neo-liberal, es reveladora de lo que está en juego para los que apoyan esta doctrina. El diario “*El Mercurio*” de Santiago, Chile, presentó la siguiente editorial sobre la persistencia de las amenazas a la propiedad privada en el mundo post-guerra fría en 1993:

“... el riesgo al libre mercado que significa el Socialismo en nuestros días no está en el fantasma de la expropiación, porque el control estatal de los medios de producción ha perdido su popularidad en todo el mundo, sino en el control de las compañías privadas

¹⁴ El flujo de las defensas académicas del valor constitucional y filosófico de exigir compensación por parte del gobierno por la regulación de los usos de la propiedad con impactos económicos adversos sobre el valor de la propiedad fue encabezado por Siegan (1980), luego Epstein (1985), Paul (1987), Macedo (1987), Fischel (1996), entre otros.

¹⁵ La *Pacific Legal Foundation* es una organización sin fines de lucro ubicada en Sacramento, California que aboga por los derechos de propiedad. Esta fundación ha estado involucrada desde el comienzo de los años ochenta en el apoyo, financiamiento, y asesoría legal de propietarios afectados por regulaciones de protección del medio ambiente, la salud, la seguridad laboral y control de precios de alquileres, especialmente ayudándoles a llevar a gobiernos locales, estatales y federal.

¹⁶ Especialmente entusiasmantes para los defensores de posiciones pro-defensa de los derechos de propiedad en casos de ‘expropiaciones regulatorias’ fueron las decisiones de la Corte Suprema de EE.UU. *First English Evangelical Lutheran Church of Glendale v. Los Angeles County* (482 U.S. 304, [1987]); *Nollan v. California Coastal Commission* (483 U.S. 825 [1987]); y *Lucas v. South Carolina Coastal Council* (505 U.S. 1003 [1992]).

¹⁷ Podemos encontrar un punto de vista escéptico de esta posibilidad en el trabajo del profesor Joseph Sax (1995).

mediante la regulación. En resumen, hoy en día el Socialismo, porque ya no puede quitarle a los dueños de la propiedad de sus bienes, quiere ahora controlarlos mediante la menos objetada noción de regulación.”¹⁸

Aquellos que abogan a favor de la protección de los derechos de propiedad del proceso político a través la constitucionalización del derecho a la propiedad privada han planteado diferentes lógicas en su defensa. Así, algunos defienden la supremacía del derecho a la propiedad privada por sobre las decisiones democráticas sobre la base de que la propiedad es un derecho ‘natural’ y pre-político otorgado a los hombres por parte de Dios o la razón (Locke, 1975; Nozick, 1974; Epstein, 1985). Respecto el concepto de propiedad como derecho natural, estas teorías defienden la protección constitucional del derecho a propiedad contra ataques al mismo producto de decisiones democráticas. Otros, no consideran la propiedad como un derecho natural, pero sin embargo sí aceptan la necesidad constitucional de proteger al propiedad en base a consideraciones utilitaristas. También existen aquellos que, mientras sí consideran la propiedad un derecho natural, se oponen a la constitucionalización de la propiedad en base a que sería contraproducente (Span, 1998).

En el otro polo del debate sobre la naturaleza de los derechos de propiedad y su estatus constitucional hay una serie de teorías que atacan la noción de que exista una preeminencia de los derechos de propiedad por sobre la gobernancia democrática. Algunos sostienen que el derecho a la propiedad privada es de un carácter fundamentalmente diferente a otros derechos civiles y políticos, tales como el derecho a la libertad de expresión o a no ser torturado. En vez de constituir un derecho natural y pre-político, el derecho a la propiedad se considera en estas tendencias como un mecanismo convencional creado para el avance del progreso social. Otros teóricos objetan el estatus de ‘intocable’ de la actual distribución de la propiedad, mientras sí admiten la existencia de un derecho general a tener propiedad como una condición del progreso humano (Waldron, 1988; Nedelsky, 1982). Una crítica un poco más radical es la que argumenta que el constitucionalismo ha históricamente sido la expresión del miedo a la democracia por parte de las clases propietarias, así aseverando que la democracia y la propiedad privada se encuentran en un conflicto inherente (McPherson, 1979).

Finalmente, hay un punto de vista más pragmático que considera la doctrina de las *expropiaciones regulatorias* insostenible en el contexto de las democracias industrializadas contemporáneas y de una demanda cada vez más urgente de regulación en áreas tales como el la protección del medio ambiente y la seguridad laboral (Sax, 1995). A estos comentaristas les gusta notar que si se siguiera a fondo la lógica de este argumento, es decir, una estricta protección de los derechos de propiedad en contra de las expropiaciones regulatorias, podría incluso llegarse al absurdo de considerar hasta la tributación como una expropiación en la que no se provee al afectado de compensación! (esto especialmente en el caso de la tributación progresiva). Este tipo de resultado tan absurdo, argumentan, dá cuenta de la imposibilidad de la noción misma de *expropiación regulatoria*.

Vemos a raíz del debate arriba mencionado que el tomar una posición respecto a la legitimidad de las *expropiaciones regulatorias* necesariamente involucra una reflexión sobre lo que es la propiedad, específicamente la propiedad privada. De acuerdo con lo dicho por Carol

¹⁸Ver *Diario El Mercurio*, Noviembre 10, 1993, página 3 (Santiago, Chile).

Rose, la razón de que el debate sobre las expropiaciones administrativas ha sido tan incoherente reside en el hecho que:

“... el tema de las expropiaciones enmascara una pregunta de lógica anterior y de alta dificultad: esto es, que cuando decimos que la acción del gobierno ha “expropiado” la propiedad de alguien, necesariamente debemos tener alguna idea previa acerca de cuales son los derechos incluidos en el derecho a propiedad.”¹⁹

Es más, la complejidad de los problemas que surgen a partir del tema de las expropiaciones regulatorias deriva del hecho que mientras derechos fundamentales como el derecho a asociación libre o de culto no se relacionan con la escasez de recursos (se presume que todo el mundo puede ejercer su culto libremente o transitar dentro del territorio nacional sin que el ejercicio de dicho derecho sea un obstáculo para los otros que deseen ejercer el mismo derecho constitucional), en el caso del derecho a la propiedad privada la escasez de recursos siempre ha significado que los derechos de propiedad sean más restringidos. El siguiente ejemplo, proveniente de la experiencia estadounidense, puede ser útil para analizar las tensiones involucradas en este problema.

En los años setenta el Congreso de los EE.UU. aprobó la llamada “Acta para las Especies en Extinción” (*‘Endangered Species Act’*) con el fin de proteger la fauna nativa. Para implementar dicha ley, se emiten constantemente órdenes que prohíben ciertos usos de terrenos que pueden destruir el habitat de especies en extinción. Este tipo de regulaciones pueden llegar a producir una repentina (y a veces total) disminución del valor económico del terreno propiedad de ciertas personas. Los individuos afectados típicamente se quejan que son sólo ellos los que tienen que soportar el peso del costo de un beneficio social: en este caso, la preservación de una especie en extinción. Adicionalmente, agregan, el hecho que su tierra quepa en la categoría afectada por este tipo de regulación está en función de que dicha tierra no fue previamente explotada, por lo que no habría sido partícipe de la amenaza de extinción de dicha especie ahora bajo protección. Esto, inisiten con cierta amargura, produce la paradoja de que a pesar de no haber contribuído a la existencia del problema, ahora deben llevar todo el peso del costo para mantener dicha especie viva, lo que es profundamente injusto. Lo que sería justo, aseguran los defensores de la doctrina de las expropiaciones regulatorias, sería repartir el costo de la medida protectora entre todos los beneficiarios de la meta propuesta por la regulación, cobrando tributo a cada miembro de la comunidad, por un lado, y pagando una compensación a los afectados, tal como tiene lugar en el caso de cualquier expropiación regular. Sostienen que el tratar una expropiación regulatoria de manera idéntica a la de la expropiación regular es la única manera de tomarse en serio los derechos a la propiedad.

El problema con este planteamiento es, sin embargo, que incluso si los temas de justicia son considerados como los de más alta importancia en los casos de expropiaciones regulatorias, un importante número de preguntas importantes quedan sin respuesta. Por ejemplo, ¿Acaso debería siempre el gobierno, en base a cuestiones de justicia, compensar a aquellos propietarios afectados negativamente cuando la regulación baja el valor de sus activos, o cuando las regulaciones disminuyen el valor de sus activos privados, o sólo cuando el impacto de las

¹⁹Ver Carol Rose, “‘Takings’ and the Practices of Property: Property as Wealth, Property as ‘Propriety’”, en su libro *Property and Persuasion: Essays on the History, Theory, and Rhetoric of Ownership* (Boulder, CO.: Westview Press, 1994). Página 49.

regulaciones llegan a un umbral –digamos un 75% del valor del mercado de la propiedad regulada --?

Como se advierte después de este breve repaso a los problemas envueltos en el concepto de las expropiaciones regulatorias, esta área del derecho es insidiosamente complejo.

VI) Las Normas del MAI Sobre las ‘Expropiaciones Regulatorias’.

En la sección anterior se observó el nivel de complejidad del problema de las expropiaciones regulatorias. El asunto es tan complejo que la Corte Suprema de los EE.UU. no ha sido podido de producir una doctrina coherente capaz de producir un balance entre la justicia individual y los derechos colectivos a auto determinación²⁰. A pesar de esta gran complejidad, las reglas del MAI para la protección de los derechos de los inversionistas extranjeros son cortas y claras: el grupo de la OECD adoptó una versión extrema de la doctrina de las expropiaciones regulatorias, una tan radical que ninguno de sus estados miembros la han aplicado individualmente. Esta sección está dedicada a substanciar esta proposición.

En el Capítulo IV, bajo la sección “Protección de la Inversión” (*Investment Protection*), el párrafo titulado “Expropiación y Compensación” dice lo siguiente:

Art. 2.1 Las Partes Contratantes no podrán expropiar ni nacionalizar directa o indirectamente una inversión en su territorio de un inversionista de otro miembro de este acuerdo, como tampoco tomar medidas que tengan un efecto equivalente a una expropiación o nacionalización (medidas que en adelante serán entendidas como ‘expropiaciones’ para efectos de este Acuerdo)²¹ excepto cuando sea:

- a) por un asunto de interés público,*
- b) a manera no discriminatoria,*
- c) de acuerdo con un debido proceso, y*
- d) acompañado por un pago de un acompesnsación pronta, adecuada y efectiva de acuerdo con los siguientes Artículos 2.2 a 2.5.*

Art. 2.2 La compensación será sin demora.

Art. 2.3 La compensación será equivalente al valor de mercado justo de la inversión expropiada inmediatamente antes de que la expropiación haya tenido lugar. El precio justo de mercado no deberá reflejar ningún cambio en valor ocurrido porque se haya tenido noticias de la expropiación de manera anticipada.

Art. 2.4 La compensación se hará de manera total y deberá ser transferible libremente.

²⁰Andrea Peterson, una académica experta en derechos de propiedad ha llamado este área del *derecho* “la más confusa del derecho constitucional americano”. Ver Andrea Peterson **

²¹ El énfasis es mío.

Art. 2.5 La compensación deberá incluir intereses equivalentes a los comerciales establecidos en base al mercado para la moneda de pago a partir de la fecha de expropiación hasta la fecha del pago en sí.

Art. 2.6 “El debido proceso incluye, específicamente, el derecho del inversionista de una Parte Contractual que sostiene estar siendo afectado por una expropiación por parte de otra Parte Contratante de una pronta revisión de su caso, incluyendo la valuación de su inversión y el pago de la compensación de acuerdo a las provisiones de este artículo, por parte de una autoridad judicial o alguna otra autoridad competente e independiente de la segunda Parte Contractual.”²²

²² En las notas al pie de página que vienen a continuación se transcribe el texto original, en inglés, del MAI, para el caso que el lector quiera corroborar la traducción hecha por el autor.

Art. 2.1 “A Contracting Party shall not expropriate or nationalize directly or indirectly an investment in its territory of an investor of another Contracting Party or take any measure or measures having equivalent effect (hereinafter referred to as ‘expropriation’)²² except:

a) for a purpose which is in the public interest,

b) on a non discriminatory basis,

c) in accordance with due process of law, and

d) accompanied by payment of prompt, adequate and effective compensation in accordance with Articles 2.2 to 2.5 below.

Art. 2.2 “Compensation shall be paid without delay”.

Art. 2.3 “Compensation shall be equivalent to the fair market value of the expropriated investment immediately before the expropriation occurred. The fair market value shall not reflect any change in value occurring because the expropriation had become publicly known earlier”.

Art. 2.4 “Compensation shall be fully realizable and freely transferable”.

Art. 2.5 “[Compensation shall include interest at a commercial rate established on a market basis for the currency of payment from the date of expropriation until the date of actual payment].

Art. 2.6 Due process of law includes, in particular, the right of an investor of a Contracting Party which claims to be affected by expropriation by another Contracting Party to prompt review of its case, including the valuation of its investment and the payment of compensation in accordance with the provisions of this article, by a judicial authority or another competent and independent authority of the latter Contracting Party”.

Como se advierte en el primero de los artículos arriba transcritos (Artículo 2.1), la definición de expropiación que el MAI establecía era extraordinariamente amplia, puesto que incluía toda otra ‘medida que tuviera un efecto equivalente’ a una expropiación, que es precisamente lo que los que defienden la doctrina de las ‘*expropiaciones regulatorias*’ plantean.

Añadida a la protección de la inversión extranjera en contra de expropiaciones regulatorias, el MAI incluía, en su Capítulo VIII, una cláusula protegiendo a los inversionistas extranjeros en contra de ‘*tributaciones expropiatorias*’. En efecto, bajo la rúbrica ‘Tributación’ (*Taxation*), dicha cláusula le exigía a los gobierno huéspedes que compensaran a los inversionistas extranjeros en caso de imponerles ‘impuestos expropiatorios’. La cláusula que comento decía:

2. [*El tratamiento de la expropiación*] se aplicará a medidas relacionadas con la tributación.²³

Acompañando el texto del MAI había un documento llamado “Comentario al Texto de Negociación del MAI” (*Commentary to the MAI Negotiating Text*), que tenía por objeto el clarificar los conceptos clave introducidos por el Acuerdo. En la sección en que se comentaban las cláusulas de expropiación y compensación, los negociadores repitieron (por si quedaban aún dudas) que dichas *clausulas* “ *cubren toda medida o medidas que tengan un efecto equivalente a la expropiación...*” Adicionalmente, en los comentarios los negociadores informaban que:

“Una delegación propuso textos adicionales sobre el bloqueo, congelamiento, secuestro, o cualquier medida similar que tenga un efecto expropiatorio. Después de una discusión, se acordó que estas inquietudes ya habían sido cubiertas por el Acuerdo: las referidas acciones, una vez levantadas, deberán ser compensadas, y cualquier aspecto ilegal de la medida temporal dará lugar a la compensación por daños producidos por la trabsgresión de otros artículos de este Acuerdo, tales como el Artículo 1. Si las medidas tuvieran un carácter expropiatorio permanente, entonces debieran, en caso de que sean hechas de acuerdo a la ley, estar sujetas al Artículo 2 (sobre compensación en caso de expropiación o nacionalización).”²⁴

En adición a estas normas, los negociadores del MAI acordaron la protección de la inversión extranjera contra expropiaciones regulares y regulatorias se aplicaría también a inversiones anteriores al MAI. En atención a la extensión de la protección de los derechos de propiedad de los inversionistas extranjeros contemplada por el MAI, los redactores de los

²³ 1. “*Nothing in this Agreement shall apply to taxation measures except as expressly provided in paragraphs 2 to 5 below.*”

2. “*(Expropriation) shall apply to taxation measures.*”

²⁴ “*One delegation proposed additional text on blocking, freezing, sequestration or any similar measures having expropriatory effect. After discussion, it was agreed that these concerns were already addressed: temporary actions, when ended, would result in restitution of property, and, any unlawful aspects of the temporary measure could give rise to damages for breach of other articles, such as Article 1. Should the measures take on a permanent expropriatory character, they would, (i) if lawful, be subject to Article 2...*”

acuerdos sobre la provisión tributaria se vieron obligados a agregar una declaración adicional a manera de ‘nota interpretativa’, que en lo pertinente, expresaba que:

“Las Partes del MAI dan por entendido que ninguna medida tributaria de las Partes que sea efectiva al tiempo de a firma del Acuerdo podrá ser considerada como expropiatoria o teniendo el efecto equivalente de una expropiación.”²⁵

Sin embargo, este *caveat* no fue aprobado por todas las delegaciones, como quedó de manifiesto en los ‘Comentarios’ que plantearon que: *“Algunas delegaciones no estaban dispuestas a asociarse a una declaración como la anterior.”²⁶*

En esta sección me he tomado el trabajo de transcribir ciertas cláusulas del MAI referidas a la cuestión de la expropiación, porque pienso que hablan por sí mismas. El primer aspecto notable de las cláusulas del MAI recién vistas, es lo radical de su tratamiento de la protección de los derechos de propiedad de los inversionistas extranjeros, radicalidad que creo queda de manifiesto a la luz de lo expuesto en las secciones inmediatamente precedentes, en que se expuso la reticencia de los estados de la OECD a aceptar la compensación por ‘expropiaciones regulatorias’ y la enorme complejidad de este tópico.

El segundo aspecto notable de estas cláusulas es la equivalencia abrupta que se hace entre la apropiación tradicional, física, de la propiedad privada por parte del gobierno y *“cualquier medida o medidas que tengan un efecto equivalente”*. Cualquier académico o abogado dedicado al derecho constitucional norteamericano identificaría de inmediato este tipo de lenguaje como que propio de la doctrina de las expropiaciones regulatorias sostenida por quienes plantean la necesidad de que el gobierno compense a quienes se vean negativamente afectados por dichas regulaciones.

La inclusión de la tributación como una posible medida expropiatoria a ser asimilada a una expropiación es también un hecho notable. En verdad son escasas las cartas constitucionales que incluyen este tipo de normas. De hecho, el autor sólo ha detectado algo parecido en la Constitución de Chile de 1980, que incluye una prohibición en contra de ‘tributación expropiatorias’.

Finalmente, otro aspecto digno de resaltar, es la preeminencia de una jerga legal propia del derecho de los EE.UU. en la redacción del MAI. Esto sugiere que el aspecto clave de estas fueron redactados por abogados estadounidenses en conocimiento del debate legal sobre las expropiaciones regulatorias en los EE.UU.

En esta sección se ha visto lo radical de las propuestas contenidas en el MAI. En la sección que sigue a continuación, se discutirán las implicancias que se derivan de esta episodio para la producción del derecho global.

²⁵ *“MAI Parties understand that no taxation measures of the Parties effective at the time of signature of the Agreement could be considered as expropriatory or having the equivalent effect of expropriation”. This caveat, however, was not shared by all delegation, as the Commentaries continue to say: “Some delegations were not in a position to associate themselves with such a statement”*

²⁶ *“Some delegations were not in a position to associate themselves with such a statement”*

VII) Los Límites de la Gobernabilidad Democrática a Escala Global.

Como se vió en la sección anterior, los defensores en los EE.UU. de la noción que plantea que las expropiaciones regulatorias deben ser compensadas al igual que las expropiaciones regulares, utilizaron tanto el camino judicial –que no ha sido hasta la fecha efectivo— como el legislativo (esto último por la vía de cabildear a los legisladores repúblicanos que prepararon el ‘Contrato con América’) sin mayor éxito. Poco tiempo después del fallido intento de lograr que las cláusulas expropiatorias del mencionado ‘Contrato con America’ se transformaran en ley of reforma constitucional, sin embargo, esta misma doctrina logró ser incluida en el borrador de un Acuerdo internacional de alcance global, el MAI. Esto sugiere que los mismos grupos que intentaron que fuese adoptado dentro de los EE.UU. percibieron la posibilidad de utilizar los foros internacionales de producción legislativa como un camino alternativo para intentar lograr en el contexto internacional aquello que no habían podido lograr a nivel doméstico.

En este sentido, el episodio del MAI resulta ilustrativo de un conjunto de fenómenos que parecen estar configurando el sistema actual de formación de política legislativa a escala global: esto es, el rol preeminente de los expertos en ella (evidente en la presentación oficial del MAI, que subrayaba que éste había sido elaborado por ‘paneles de expertos’ de la OECD); el carácter secreto de las deliberaciones que preceden a la elaboración de los Acuerdos (también manifiesto en el caso del MAI, puesto que la oficina central de la OECD en París, ni siquiera accede a dar los nombres de los expertos que participaron en su redacción, o su profesión o nacionalidad)²⁷; la posibilidad de que exitan acciones de cabildeo de carácter global; y la posible distorsión que todo lo anterior puede tener en la configuración de las reglas que en definitiva se adopten.

La experiencia del MAI también sugiere que la creciente tendencia, predominante en las democracias contemporáneas, de los procesos de producción legislativa domésticos de convertirse en discusiones entre ‘expertos’ que negocian entre sí de manera más o menos confidencial, con poca o nula participación del público o sus representantes, adquiere una fisonomía aún más acentuada en el caso de la producción legislativa a nivel global. Asimismo, es de esperar que mientras más amplio sea el espectro de materias que caigan dentro de la órbita de la legislación global, debiéramos esperar un correspondiente aumento de las acciones de cabildeo (‘lobby’) realizadas por intereses seccionales privados directamente a los expertos a cargo de la redacción de dicha producción normativa. EL gran porblema de este tipo de ‘cabildeo global’ es que no se encuentra disponible por igual a todos los sectores que, tarde o temprano, se verán afectados por las decisiones tomadas por dicho grupos de expertos. En este sentido, la falta de igual acceso al cabildeo propio de las democracias a nivel doméstico es amplificada en el caso de la legislación global.

Los problemas que la producción global del derecho recién señaladas representan una instancia más del cada día más reducido campo en que la gobernabilidad democrática es efectivamente ejercida por los ciudadanos, en una era en que ya se ha aceptado la delegación de poder decisorio a bancos centrales (en materia de toma de decisiones de política monetaria y cambiaria) y a tribunales constitucionales (en materia de toma de decisiones referidas a la legitimidad constitucional de la producción legislativa ordinaria). En efecto, el efecto combinado de decisiones que han sido dejadas a macroeconomistas de los bancos centrales, o jueces, o

²⁷ Esto fue constatado por el autor, que recibió dicha respuesta por parte de las autoridades de la OECD en París.

‘expertos’ de organizaciones internacionales, han sin duda disminuido sustancialmente el alcance de lo que efectivamente es decidido por la ciudadanía. Esto lleva a la paradoja de que precisamente cuando la democracia como sistema político ha alcanzado su máximo alcance, después de la llamada ‘tercera ola de la democratización’ (Diamond y Linz, 1996), es cuando la esfera de asuntos que en la práctica son decididos por la ciudadanía o sus representantes es cada vez menor. Así, mientras cada vez existe un mayor número de democracias en el orbe, la ‘democracia’ se vuelve menos democrática.

Conclusión

La discrepancia entre las reglas que gobiernan la compensación a los afectados por procesos expropiatorios en la legislación doméstica de los países de la OECD, y aquella que se acordó en el ‘Acuerdo Multilateral de Protección a la Inversión’ (MAI) muestra las distorsiones que las actuales prácticas de producción internacional del derecho económico pueden crear. Más específicamente, cabe resaltar los peligros envueltos en confiar la elaboración de dichas normas a grupos cerrados de expertos actuando en secreto.

La experiencia del MAI sugiere que los mecanismos que actualmente se utilizan para el diseño de la infraestructura legal de la globalización económica sufren de los efectos del llamado ‘déficit democrático’. Este fenómeno, que ha sido objeto de atención en Europa a partir de la crítica levantada por algunos en contra de la falta de ‘accountability’ de quienes dirigen la burocracia de la Unión Europea, parece estar jugando un rol tanto o más importante en el caso de acuerdo multilaterales como el MAI. Una posible explicación del porqué de la existencia de déficits democráticos en la producción del derecho global, es que los actuales sistemas de representación a nivel internacional son inadecuados al nuevo contexto existente. En efecto, aunque en términos estrictos los mecanismos formales de representación a nivel internacional continúan operando (puesto que una vez adoptados los acuerdos y tratados internacionales los poderes legislativos todavía deben ratificar lo hecho por los jefes de estado), en la práctica es frecuente que los gobiernos (sobretudo de naciones en desarrollo) presenten dichos acuerdos como una suerte de *fait accompli*, en que no se puede echar pié atrás. Quizá por esto es que, aunque los mecanismos clásicos de representación política sigan vigentes en la actualidad, las reglas de la nueva economía global son percibidas más y más como el producto de negociaciones secretas conducidas por oscuros burócratas de organismos internacionales carentes de suficiente legitimidad democrática.

Lo anterior plantea el problema de si nuestras actuales instituciones democráticas – diseñadas hace más de dos siglos atrás--están o en condiciones de proyectar el control ciudadano propio de las democracias domésticas al ámbito de la producción global de reglas económicas. En efecto, el hecho de que las teorías democráticas clásicas y contemporáneas fueron desarrolladas con el supuesto de la existencia de estados-naciones autónomos, que se vincularían a otras naciones vía tratados sólo ocasionalmente, sugiere que ellas requieren ser reformadas para lidiar con un escenario caracterizado por la constante discusión de acuerdos multilaterales de alta complejidad técnica, que es lo que ocurre actualmente. De lo que se trata, en definitiva, es de pensar seriamente cómo estructurar la producción del derecho global de manera que los valores democráticos y participativos tengan expresión real en dicha esfera. Si, por el contrario, dejamos las cosas tal y como están, no es descartable que lleguemos a sufrir algunos de los siguientes problemas: a) que la producción de reglas económicas globales sea eventualmente

considerada como ilegítima por la mayoría de la población de las naciones afectadas por dichas normas; b) la posibilidad que se adopten reglas económicas de alcance global que favorezcan ilegítimamente intereses sectoriales de entidades con mayor capital económico o cultural, o más sintonía con las ‘comunidades epistémicas’ (Haas, 1985) actualmente dominantes en las organizaciones económicas internacionales que colaboran en la producción de legislación global; y c) la pérdida de tiempo y energía de legiones de oficiales diplomáticos, académicos, y funcionarios de organismos internacionales, en los casos en que – como ocurrió con el MAI—la sociedad civil advierta que acuerdos ‘inconfesables’ o difíciles de justificar hayan sido adoptados, y los haga fracasar.

Por todo lo dicho, me parece que el episodio del MAI sugiere que los recientes llamados de teóricos políticos como David Held y Philippe Schmitter a comenzar a elaborar una suerte de estado de derecho democrático de carácter cosmopolita (*‘democratic cosmopolitan rule of law’*), parecen ser fundados.

BIBLIOGRAFIA

- Ackerman, Bruce. *Private Property and the Constitution* (Yale University Press, 1979).
- Bauman, Zygmunt. *In Search of Politics* (Stanford: Stanford University Press, 1999)
- Baker, Dean et al. *Globalization and Progressive Economic Policy* (Cambridge: Cambridge University Press, 1998).
- Becker, Lawrence. *Property Rights: Philosophic Foundations* (Routledge & Kegan, 1977).
- Epstein, Richard. *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain* (University of Chicago Press, 1985).
- Fischel, William. *Regulatory Takings: Law, Politics and Economics* (Harvard University Press, 1996).
- Gray, John. *False Dawn: The Delusions of Global Capitalism* (London: Granta Publications, 1998)
- David Held. *Democracy and the Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan Governance* (Stanford: Stanford University Press, 1995)
- Locke, John. *Two Treatises of Government* (1690). Edited by Peter Laslett (New York: Mentor, 1960)
- Macedo, Stephen. *The New Right v. The Constitution* (Washington, D.C.: The Cato Institute, 1987).
- Macpherson, C.B. *Property*
- Meltz, Robert, Merriam & Frank, *The Takings Issue: Constitutional Limits on Land Use Control and Environmental Regulation* (Washington D.C.: Island Press, 1999).
- Michelman, Frank. 'Takings' in *Columbia Law Review* (1988) 88:1600-1629.
- Munzer, Stephen. *A Theory of Property* (Cambridge University Press, 1990)
- North, Douglass. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance* (New York: Cambridge University Press, 1990)
- Nedelsky, Jennifer. *Private Property and the Limits of American Constitutionalism: The Madisonian Framework and its Legacy* (Chicago: The University of Chicago Press, 1990).
- Nozick, Robert, *Anarchy, State, and Utopia* (Cambridge, MA.: Harvard University Press, 1974)
- Paul, Ellen Frankel. *Property Rights and Eminent Domain* (Transaction, 1987).
- Peterson, Andrea *****
- Polanyi, Karl. *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of our Time* (Boston: Beacon Press, 1944)
- Radin, Margaret Jane. "Residential Rent Control." *Philosophy and Public Affairs* (1986) 15:350
- Reinicke, Wolfgang. *Global Public Policy: Governing Without Government?* (Washington, D.C.: The Brookings Institution Press, 1998)
- Rose, Carol. "'Takings' and the Practices of Property: Property as Wealth, Property as 'Propriety'", in *Property and Persuasion: Essays on the History, Theory, and Rhetoric of Ownership* (Boulder, CO.: Westview Press, 1994)
- Rodrick, Dani. *Has Globalization Gone Too Far ?* (Washington D.C.: Institute for International Economics, 1996)
- Sax, Joseph. "Takings and the Police Power." *Yale Law Journal* (1964) 74: 36.
- Sax, Joseph. "Takings, Private property and Public Rights." *Yale Law Journal* (1971) 81:149
- Treanor, William Michael. "The origins and Original Significance of the Just Compensation Clause of the Fifth Amendment." *Yale Law Journal* 94:694-716

Shapiro, Martin. "The Globalization of Law", in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 1 (1995).

Siegan, Bernard. *Economic Liberties and the Constitution* (University of Chicago Press, 1980).

Span, Henry. *Untitled*. Unpublished Dissertation (Berkeley, 1998).

Waldron, Jeremy. *The Right to Private Property* (Oxford University Press, 1989).

Williamson, Oliver. *The Economic Institutions of Capitalism* (New York: The Free Press, 1985)