

ALGUNAS RESPUESTAS DEL DERECHO INTERNACIONAL A LA GLOBALIZACIÓN

Cristina IZQUIERDO SANS *

1. INTRODUCCIÓN

EL sinfín de significados que a la globalización se le atribuyen parece ir en aumento con el paso del tiempo, adquiriendo connotaciones culturales, políticas y de otro tipo, además de la económica. En este sentido, I. Clark ha defendido su *multidimensionalidad* (1) y de forma más explícita J. E. Faria ha afirmado que *expresa un vasto y complejo conjunto de procesos interrelacionados, entre los que destacan la creciente autonomía adquirida por la economía en relación a la política, la emergencia de nuevas estructuras de decisión que operan en tiempo real y con alcance planetario, las alteraciones en curso de las condiciones de competitividad de empresas y sectores, la desnacionalización de los derechos... y, finalmente, la aparición de una estructura político-económica multipolar que supone nuevas fuentes de cooperación y conflicto tanto en el movimiento de capital como en el desarrollo del sistema mundial* (2).

De una u otra manera, el fenómeno está conectado al hecho de un muy notable incremento de las actividades económicas transfronterizas (3). Pero no se trata de un aumento del comercio internacional entendido en sentido clásico, sino que han aumentado vertiginosamente las relaciones económicas transnacionales, adoptando formas muy variadas. Especial mención merecen, por un lado, la creciente inversión extranjera directa en otros países (4) y, por otro, la intensidad y variedad de las transacciones entre operadores económicos, que alcanzan incluso a empresas de reducido tamaño. En términos generales, las empresas modifican sus siste-

* Profesora titular de Derecho Internacional Público de la Universidad Autónoma de Madrid.

(1) Ian CLARK, *Globalization and International Relations Theory*, Oxford, 1999, p. 35.

(2) J. E. FARIA, *El Derecho en la Economía Globalizada*, Madrid, 2001, p. 49. Véase también: A. REMIRO BROTONS, «Desvertebración del Derecho Internacional en la sociedad globalizada», en *Cursos Euromeditarráneos de Banca de Derecho Internacional*, vol. V, 2001, pp. 45 y ss., y R. FALK, *La Globalización depredadora*, Madrid, 2000.

(3) Véanse los informes del Banco Mundial bajo el título *Análisis de la Globalización*, Véd en <http://www.bancomundial.org/temas/globalizacion/>

(4) Las corrientes de la inversión se triplicaron entre 1988 y 1998 y los países en vías de desarrollo reciben una cuarta parte de las corrientes de la inversión que se moviliza en el mundo. Es la forma más cuantiosa de transferencia de capitales hacia ellos.

mas de organización, flexibilizan las operaciones de producción y obtención de recursos y celebran acuerdos entre ellas que generan relaciones estables de colaboración (5).

Completan esta visión económica de la globalización las ideas de D. Held, uno de los más reconocidos analistas de la globalización, que explica en su discurso que se trata de *un proceso intenso, extenso, rápido, cuyo impacto ha creado más riqueza y más oportunidades, pero no un mundo más integrado* (6). El mismo autor asegura que la globalización económica no es nueva, sino que ha sido un aspecto presente en la historia y que se gestaba a medida que se iban estableciendo relaciones económicas cada vez más amplias y complejas entre los sujetos de Derecho Internacional. El fenómeno declinó en la primera mitad del siglo XX, época que se caracteriza por el aumento del proteccionismo dentro de un marco de contiendas nacionales y mundiales y, en definitiva, por una gran inestabilidad económica y política. En la segunda mitad de siglo reaparece la tendencia: las relaciones internacionales han sido más tranquilas y el ritmo de las relaciones económicas internacionales aumenta espectacularmente en los años ochenta y noventa, alcanzando el comercio internacional un absoluto protagonismo. El elemento económico transfronterizo se convierte así en punto de arranque (7).

Hoy las relaciones internacionales ya no se entienden en clave de relaciones geopolíticas, sino que éstas han dejado paso a las relaciones comerciales como núcleo duro de las relaciones internacionales. La caída del bloque del Este contribuyó en buena medida a ello, al reducirse las barreras políticas que obstaculizaban el comercio y dejar a la economía de mercado huérfana de competencia ideológica. Además de los países comunistas, muchos de los países en desarrollo fueron comprobando que un alto grado de planificación y de intervención del gobierno no daba los resultados esperados en materia de desarrollo (8). En ese contexto, la desregulación del mercado, su liberalización se vende como el elemento indispensable para la supervivencia en ese nuevo entorno, se vende, en definitiva, como única opción. F. J. Peñas lo describe como el despliegue de ese discurso difuso que es el liberalismo moderno occidental y la generalización del modelo de producción basado en el libre mercado (9). Esa tendencia general ha sido descrita como *teoría del pensamiento único* (10) y sus premisas son: 1) lo

(5) Véase: P. DE MIGUEL ASENSIO, «Derecho Internacional Privado ante la Globalización», *AEDIPriv*, 2001, pp. 37 y ss.; del mismo autor, «Algunas tendencias jurídicas de la Globalización», en *Los nuevos escenarios internacionales y europeos del Derecho y la Seguridad*, Colección Escuela Diplomática, Madrid, 2003, pp. 47 y ss.

(6) D. HELD y J. S. Nye, *Global Transformations*, Harvard University, 1999. Véase también <http://www.polity.co.uk/global/>

(7) Las relaciones económicas internacionales implican la interrelación de diversos regímenes jurídicos internacionales y estatales. Desde una perspectiva restringida, el Derecho Internacional Económico engloba las normas convencionales que regulan el comercio internacional de mercancías, servicios, aspectos comerciales de los derechos de propiedad intelectual, así como la reglamentación convencional relativa a las inversiones internacionales y a las transacciones económicas que acontecen en el territorio de un Estado, cuyo origen se encuentra fuera del mismo. Véase C. ESPÓSITO, «Introducción al Sistema de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, pp. 253-271, en p. 255.

(8) Véanse los informes del Banco Mundial bajo el título *Análisis de la Globalización*, Ved en <http://www.bancomundial.org/temas/globalizacion/>

(9) Véase: F. J. PEÑAS, *Hermanos y Enemigos, Liberalismo y Relaciones Internacionales*, Madrid, 2003, p. 26.

(10) Véase por todos J. ESTEFANÍA, *Contra el pensamiento único*, Madrid, 1997.

económico prima sobre lo político; 2) los conceptos clave son los mercados financieros, la competencia, el libre mercado sin límites, la mundialización, la desregulación, la privatización. Como ha dicho A. Remiro, globalización es mundialización más ideología (11).

Conviene ahora recordar que, sin perjuicio de que el término globalización, en su sentido etimológico, se asocia a la idea de integración, de planteamientos de conjunto, de un todo, estamos, como de todos es sabido, ante un proceso de desigual expansión mundial, que no se está desarrollando como un fenómeno neutro (12). Los diferentes países de la sociedad internacional ocupan posiciones muy distintas en el proceso globalizador: unos se encuentran absolutamente inmersos en él –son los países que han generado el propio proceso–; otros lo han alcanzado, casi en un extremo y conscientes de que es un proceso de desarrollo y progreso, pero están pagando un alto precio por su participación –esto ocurre, sobre todo, en América Latina (13)–; otros, simplemente han quedado al margen de él. Esta globalización no es, en este sentido, mundialización (14).

En realidad los cambios van más allá del aumento de los flujos comerciales. Hace veintitrés años A. Remiro afirmaba: *en el ámbito económico se detectan una serie de fuerzas transnacionales que tienden a escapar de los derechos internos sin penetrar aún decididamente en el Derecho Internacional* (15). C. W. Jenks también advertía que *en ninguno de los sectores del Derecho Internacional podrá ser efectiva la norma jurídica si no logra someter a su control a estas fuerzas, cuyo papel es creciente en las relaciones internacionales* (16). El mismo autor explicaba que el horizonte del Derecho progresa al ritmo que lo hacen los objetivos que se marca el Estado, pero será efectivo sólo en el caso de que se aplique realmente a las formas de organización social que en la práctica las controlan (17). Ambos autores intuían que el crecimiento de lo que entonces denominaron fuerzas transnacionales –hoy aglutinadas todas bajo la sociedad civil– iba a irrumpir en el diagnóstico de los objetivos que se marcara el Estado en orden a la creación del Derecho, siendo esa presión externa condicionante de ambos –de los objetivos y del Derecho–. En ese sentido, puede afirmarse –sin pretender ser categóricos– que hoy en día la presión ejercida por las *diversas patas* de la sociedad civil condiciona sin duda el quehacer

(11) A. REMIRO BROTONS, «Desvertebración del Derecho Internacional en la sociedad globalizada», en *Cursos Euromediterráneos de Banca de Derecho Internacional*, *ob. cit.*, p. 67.

(12) Véase: R. RIQUELME CORTADO, *Derecho Internacional. Entre un orden global y fragmentado*, Madrid, 2005, p. 25.

(13) El ámbito de las inversiones directas en América Latina y los Acuerdos de Promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI) que se han celebrado con un número muy importante de países de esa región son un claro ejemplo del precio que algunos países están pagando por participar en la globalización económica. La cuestión es desarrollada más adelante en este trabajo.

(14) A. REMIRO BROTONS, «Desvertebración del Derecho Internacional en la sociedad globalizada», en *Cursos Euromediterráneos de Banca de Derecho Internacional*, *ob. cit.*, pp. 66 y ss.

(15) A. REMIRO BROTONS, *Derecho Internacional Público. I. Principios Fundamentales*, Madrid, 1982, pp. 43 y ss.

(16) Entendemos que ambos autores hablaban de fuerzas transnacionales no en una referencia exclusiva a las corporaciones transnacionales sino en una referencia de conjunto de dichas corporaciones con las organizaciones no gubernamentales. En los dos casos se trata de fuerzas transnacionales que, con un eco mucho menor, han estado presentes en la sociedad internacional desde hace ya décadas.

(17) C. W. JENKS, «Multinational entities in the law of nations», *Essays Jessup*, London-NY, 1972, pp. 70 y ss.

del Estado. Pero el problema y la intensa dificultad –en realidad insuperable– radica en la diversidad de intereses y objetivos que esconde tras de sí la sociedad civil, cuyo rasgo más característico es la heterogeneidad y, por qué no decirlo, su fractura interna. En todo caso, llama la atención la claridad en la visión de futuro de ambos autores, que aciertan plenamente en los elementos relevantes del análisis: por un lado, el alcance de su inserción en el orden internacional; por otro, su relación con el Estado. El paso del tiempo les ha dado la razón (18).

Como decíamos, hoy en día no es discutido que uno de los elementos clave de la denominada globalización es, sin duda, la proliferación en las tres últimas décadas de actores no estatales en el orden internacional, que, en palabras de R. Mesa, conforman *un cortejo ya casi inconmensurable* (19). Tampoco lo es su decidida penetración –ahora sí– en el Derecho Internacional: los actores no estatales de la llamada sociedad civil transnacional o global han penetrado con notable profundidad en las estructuras que gobiernan el sistema internacional, en el que hasta entonces sólo tenían cabida Estados y organizaciones interestatales (20).

Pero les rodea aún una notable *confusión*, yo diría que generalizada, y de la que L. Pérez-Prat avisa acertadamente, afirmando que en el estudio de los actores no estatales *conviene no simplificar* (21). El autor, a lo largo de un magnífico y extenso estudio sobre la sociedad civil internacional, explica, por un lado, la amplia y variada gama que presentan en lo que a su tipificación y objetivos se refiere y, lo que es más importante, la diferente recepción que han tenido en el sistema internacional y el diferente papel que pueden cumplir en el desarrollo de las funciones tanto normativas como de aplicación y cumplimiento del Derecho Internacional que progresivamente están asumiendo.

A efectos de mi estudio, quisiera ahora centrarme en dos aspectos: los diferentes objetivos que mueven a los componentes de la sociedad civil y, como consecuencia de ello, la diferente reacción del *sistema institucional internacional* en lo que a su recepción o inserción se refiere. Se observará, a lo largo del trabajo, que tener presentes ambos elementos es esencial para entender las diferentes relaciones de la sociedad civil con el Estado y el efecto tan divergente que en él producen.

(18) Otros autores que ya en la década de los setenta avistaron la consolidación de la sociedad civil en el orden internacional son A. MIAJA DE LA MUELA, «El Derecho Internacional ante las sociedades multinacionales», *ADI*, 1975, pp. 169 y ss.; M. PÉREZ GONZÁLEZ, «Las Organizaciones no gubernamentales en las Organizaciones Internacionales», *REDI*, 1976, pp. 299 y ss.; B. Stosic, *Les Organisations Internationales non gouvernementales et les Nations Unies*, Geneve, 1964.

(19) R. MESA, «Los sujetos y actores de la sociedad internacional globalizada. Una reflexión», en *Los nuevos escenarios internacionales y europeos del Derecho y la Seguridad*, Colección Escuela Diplomática, Del Valle Gálvez, ed., Madrid, 2003.

(20) Los estudios y trabajos recientes sobre la sociedad civil internacional son muy numerosos. Véanse L. PÉREZ-PRAT DURBÁN, *Sociedad Civil y Derecho Internacional*, Valencia, 2004; Bas Arts, Math Noortmann y Bob Reinalda, (eds.), *Non-State Actors in International Relations*, Burlington, USA, 2001; D. JOSSELIN y W. WALLACE, *Non-State Actors in World Politics*, N. Y., 2001; C. TEJEO GARCÍA, *Organizaciones Internacionales no gubernamentales y Derecho Internacional*, Madrid, 2005; M. ABAD CASTELOS, *¿Una alternativa solidaria frente a la barbarie? Las ONG en la nueva sociedad global*, Madrid, 2004. Por lo demás, nos remitimos a la bibliografía que en ellos figura.

(21) L. PÉREZ-PRAT DURBÁN, *Sociedad Civil...*, p. 417.

Por lo que objetivos se refiere, mientras que un número importante de las ONG –dejando claro que no es posible generalizar– parece caracterizarse por su naturaleza altruista y su defensa del desarrollo en tanto que movimientos sociales de reacción al mercado y defensores del desarrollo sostenible y de los derechos humanos (22), nada de ello puede predicarse de la incursión de las empresas multinacionales al orden internacional. Por su parte, la corporación transnacional –multiforme por lo demás (23)– destaca, a efectos del discurso que ahora hago, por su capacidad para perfilar un mundo propio, una sociedad corporativa a escala global que se superpone e incardina en el sistema internacional, que lo parasita, lo desplaza o se integra en él (24). En este sentido chocan frontalmente con los objetivos generales de las ONGs.

Pero no simplifiquemos. En el complejo mundo de las ONG hay muchas que no responden a preocupaciones sociales, ni se encuentran dedicadas al desarrollo global, lo que no las convierte en todo caso en organizaciones con fines ilícitos. R. Mesa advertía: *parece llegada la hora de proceder a su catalogación, pero no por criterios materiales, hay que pasarlas por el filtro riguroso de sus objetivos, declarados o no, que permitirían conocer sus políticas inspiradoras, sus ideologías y, también, sus intereses, o sea, llegar hasta el fondo y verificar su virginidad o, por el contrario, su contaminación... se trata de establecer el mapa, lo más correcto posible, de las ONG, ya que en el futuro pueden llegar a ser el tejido social sobre el que se urdiese el entramado de la todavía inexistente sociedad civil internacional* (25).

Por otra parte, hay que tener en cuenta que el denodado esfuerzo de las organizaciones internacionales por hacer un hueco en la acción normativa internacional a las ONG (26), especialmente de Naciones Unidas –que apoya de forma incondicional esa tendencia, aludiendo a la necesidad de la acción colectiva entre los Estados y la sociedad civil (27)–, contrasta con la falta de presencia en ellas de corporaciones transnacionales. Esto explica probablemente el nacimiento de las llamadas ONG

(22) L. PÉREZ-PRAT DURBÁN, *Sociedad Civil...*, pp. 55 a 73. A lo largo de esas páginas el autor explica por que no puede darse una definición acotada de ONG y sí caracterizarlas por sus rasgos comunes, los que analiza detenidamente.

(23) A. KOLK, «Multinacional enterprise and international climate Policy», en Bas Arts, Math Noortmann y Bob Reinalda, eds.), *Non-State Actors in Internacional Relations*, ob. cit., pp. 211 y ss.; A. DE VENANZI, *Globalización y Corporación, El orden social en el siglo XXI*, Barcelona, 2002, pp. 81 y ss.; A. FERNÁNDEZ TOMÁS, *El control de las empresas multinacionales*, Madrid, 1983.

(24) L. PÉREZ-PRAT DURBÁN, *Sociedad Civil...*, p. 97.

(25) R. MESA, «Los sujetos y actores de la sociedad internacional globalizada. Una reflexión», en *Los nuevos escenarios internacionales y europeos del Derecho y la Seguridad*, Colección Escuela Diplomática, ob. cit., p. 31.

(26) Como más adelante veremos, son muchas las conferencias intergubernamentales, e incluso las Convenciones Internacionales, que han incorporado en sus textos preceptos que hacen alusión al estatuto de los actores no estatales.

(27) Véase la Declaración del Secretario General del Naciones Unidas de 3 de abril del 2000: *pediré, por tanto, a la Asamblea General que estudie medios de mejorar estas relaciones. Como primera medida, podría pedirse a un grupo de expertos, incluidos representantes de las organizaciones de la sociedad civil, que preparase un estudio de las «prácticas más idóneas», de carácter innovador, que permitiesen que esas organizaciones contribuyeran a la labor de las Naciones Unidas en todos sus aspectos. El estudio podría constituir la base de un conjunto de nuevos medios de lograr que la sociedad civil participara más plenamente en nuestra empresa común.* El texto completo puede encontrarse en. «Nosotros los pueblos: el papel de Naciones Unidas en el siglo XXI», par. 333, en <http://www.un.org/spanish/milenio/sg/report/full.htm>

de los negocios, afanadas por penetrar en los ámbitos institucionales. Como era de esperar, estas ONG cuentan con un gran número de detractores y, lo que es más problemático, han agudizado espectacularmente la fractura entre las ONG, al defender unas y otras intereses claramente divergentes. Marcos de revelación de esa fractura fueron, por ejemplo, las negociaciones del Protocolo de Montreal y del Estatuto de Roma (28).

La fractura entre las ONG se manifiesta también en otro ámbito: la celebración de cumbres paralelas que ellas mismas convocan y que con el paso del tiempo a muchas de ellas se les está volviendo como un *boomerang*. Hoy aparecen confundidas y mezcladas con los movimientos antiglobalización, que irrumpen violenta y conscientemente en toda reunión gubernamental, donde intuyen que la globalización se está construyendo. Seattle es quizá uno de los casos más emblemáticos: allí estaban las ONG de los negocios, las ONG intrínsecamente pacíficas –como *Greenpeace*, que se vieron envueltas en las actitudes violentas de quienes les rodeaban–, las ONG que combaten radicalizadas el proyecto liberal que encarna la OMC y los movimientos antiglobalización, claramente decantados por un discurso violento (29).

El mosaico de la sociedad civil se vuelve así cada vez más complejo y más heterogéneo y no puede esperarse de ella sino una relación con el Estado y con el orden internacional de esas mismas características.

Hasta aquí he pretendido exponer el actual panorama de cambios y transformaciones –inevitablemente incompleto– para poner de relieve la encrucijada particularmente difícil a la que se enfrenta la ordenación jurídica de la sociedad internacional, sometida a los retos de la globalización económica y al desarrollo de la sociedad civil y, en definitiva, de desafíos trasnacionales que desbordan, todos ellos, la capacidad de respuesta del Estado individualmente considerado (30).

Es en este contexto de transformaciones trasnacionales en el que se debate sobre el futuro del Estado. En relación con dicho debate, vaya por delante que no comparto la afirmación de que el Estado está en crisis, si se piensa que lo que está en riesgo es su propia pervivencia. Como ha dicho O. Schachter (31), resulta difícil admitir la desaparición del Estado en un futuro próximo, pues la resistencia del sistema estatal desde hace centurias significa algo más que la fortaleza de las élites gobernantes. L. Pérez-Prat añade muy acertadamente que el Estado ha demostrado una inmensa capacidad de adaptación, afirmando que *tendremos Estado para rato y no sólo porque no hay alternativa posible...* (32). Otra cosa bien distinta es, como

(28) Véase L. PÉREZ-PRAT DURBÁN, *Sociedad Civil...*, p. 298.

(29) M. CHOSS.UDOVSKY, *Seattle y más allá, desarmado el nuevo orden mundial*, véase en: <http://www.anti-globalizacion.net/formacio/seattle.htm>; M. PIANTA, «Pararell Summits of Global Civil Society», *Global Civil Society 2001*, <http://www.lunaria.org/docs/pararell>.

(30) J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, *Curso de Derecho Internacional público*, Madrid, 2002, p. 27.

(31) O. SCHLACHTER, «The Decline of the Nations-State on its implications of International Law», en *Columbia Journal of Transnational Law*, 1997, p. 7.

(32) L. PÉREZ-PRAT, *La provincia del Derecho Internacional*, Dickinson, Madrid, 2004, p. 117.

ya mencionamos, la complejidad de los actuales desafíos del Estado y, por supuesto, su capacidad o no para dar respuestas adecuadas.

Voy a estructurar el presente trabajo en tan sólo dos epígrafes en los que examinaré algunas respuestas –divergentes– que el ordenamiento internacional ha dado a los desafíos de la globalización. En ellos observaremos que mientras que el Estado, en el seno de organizaciones internacionales multilaterales de corte clásico y en uso de instrumentos de formación del Derecho Internacional también clásicos, da una entrada desde tímida hasta sorprendente a representantes de la sociedad civil –léase ONG–, en sectores conectados con las actividades de los operadores económicos y más vírgenes en regulación internacional muestra una menor tendencia a la ordenación internacional a través de disciplinas multilaterales. En estos sectores el Estado parece más bien hacer una cierta dejación de su papel, concediendo un importante papel a la autonomía de la voluntad de los operadores económicos. Dicho esto, y aun a riesgo de caer en lo obvio, quiero señalar dos cosas: una, lo general de esta afirmación, que no puede entenderse en términos absolutos; dos, que no debe olvidarse la imbricación que existe entre todos los sectores del ordenamiento internacional en los que nos adentramos, y, por ello, el riesgo de error si de ellos se hace compartimentos estancos (33).

2. LA PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL EN LAS RELACIONES INTERESTATALES

2.1 En las relaciones económicas internacionales

En el contexto normativo e institucional de las relaciones económicas internacionales ocupa un papel muy relevante la Organización Mundial del Comercio (OMC), especialmente por su fuerza para abrir mercados y, en cuanto al objeto de este artículo, por haberse situado en el centro del debate sobre la globalización.

Existen presupuestos en el funcionamiento de la OMC que la diferencian claramente del sistema Bretton Woods anterior –GATT 1947, Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional–. El nacimiento de la OMC ha supuesto la institucionalización del sistema de regulación del comercio internacional, cuyo referente es ahora el marco orgánico que aporta una Organización Internacional en cuyo seno se gestan las disciplinas multilaterales que rigen el comercio internacional. La conclusión de la Ronda Uruguay ha supuesto además la ampliación del ámbito de aplicación de los acuerdos comerciales, que abarcan ya no sólo el comercio de mercancías, sino igualmente los servicios y los aspectos de los derechos de propie-

(33) Así, por ejemplo, el ámbito de la inversión extranjera directa, que encarna vivamente los intereses de las corporaciones transnacionales, se encuentra en la actualidad regulado mayoritariamente por tratados internacionales bilaterales –alejado por tanto de las disciplinas multilaterales–, pero, a su vez, está en la agenda de la OMC. También la conexión entre la política medioambiental –donde se juegan grandes intereses las corporaciones transnacionales– y el comercio internacional interestatal de bienes –hoy claramente regulado en seno multilateral.

dad intelectual relacionados con el comercio (34). Y todo ello en un sistema de carácter integrado, pues la membresía en la OMC exige la aceptación del Acuerdo OMC y todos los Acuerdos Comerciales Multilaterales anexos (relativos a mercancías, servicios y propiedad intelectual).

Igualmente es preciso enfatizar el fortalecimiento que ha experimentado el Sistema de Solución de Diferencias, concebido como «un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio» (35) que, con una aproximación más judicial –menos política o diplomática– a la resolución de las controversias, ha limitado el recurso al unilateralismo en el plano comercial internacional (36).

Pero, a pesar de la mejora del sistema en clave de institucionalización, «judicialización» y superación de la noción clásica de comercio internacional, hay un aspecto que permanece inalterado. Me refiero a la exclusiva participación de los actores estatales en el proceso normativo o de creación del Derecho del comercio internacional, así como en el arreglo de las controversias comerciales. La OMC sigue siendo un marco de cooperación *intergubernamental*, que persigue una liberalización progresiva del comercio conforme al principio de no discriminación. En este sentido, la globalización que pretendo impulsar, o a la que quiere dar respuesta, no se ha traducido en su apertura a la sociedad civil, a la que toma en consideración –quizás

(34) Las negociaciones de la Ronda Uruguay finalizaron con la adopción el 15 de diciembre de 1993 del *Acta Final en que se incorporan los resultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales*, que incorpora, como anexo, el *Acuerdo por el que se establece la OMC*. En éste figuran como anexo 1 los acuerdos multilaterales, como anexo 2 el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD), como anexo 3 el Mecanismo de Revisión de las Políticas Comerciales y como anexo 4 los acuerdos plurilaterales. Los acuerdos multilaterales son: el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio –comercio de mercancías– (GATT de 1994); el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS o GATS) y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC o TRIPS).

(35) Véase el artículo 3.2 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD), recogido en el Anexo 2 del Acuerdo OMC. El ESD es obligatorio para todos los miembros de la OMC por el mismo hecho de su pertenencia a esta organización y, por tanto, sin necesidad de una aceptación expresa y formal por su parte. Sobre el tema, véase: I. BLÁZQUEZ NAVARRO, *Integración Europea y diferencias comerciales en la OMC*, Tesis doctoral leída en la Facultad de Derecho de la UAM en septiembre de 2004.

(36) El artículo 23 ESD –Fortalecimiento del sistema multilateral– dispone lo siguiente:

1. Cuando traten de reparar el incumplimiento de obligaciones u otro tipo de anulación o menoscabo de las ventajas resultantes de los acuerdos abarcados, o un impedimento al logro de cualquiera de los objetivos de los acuerdos abarcados, los Miembros recurrirán a las normas y procedimientos del presente Entendimiento, que deberán acatar.

2. En tales casos, los Miembros:

a) No formularán una determinación de que se ha producido una infracción, se han anulado o menoscabado ventajas o se ha comprometido el cumplimiento de uno de los objetivos de los acuerdos abarcados, excepto mediante el recurso a la solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del presente Entendimiento, y formularán tal determinación de forma coherente con las constataciones que figuren en el informe del grupo especial o del Órgano de Apelación, adoptado por el Órgano de Solución de Diferencias, o en el laudo arbitral dictado con arreglo al presente Entendimiento;

b) seguirán los procedimientos establecidos en el artículo 21 para determinar el plazo prudencial para que el Miembro afectado aplique las recomendaciones y resoluciones; y

c) seguirán los procedimientos establecidos en el artículo 22 para determinar el nivel de suspensión de las concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados en el caso de que el Miembro afectado no haya aplicado las recomendaciones y resoluciones dentro de ese plazo prudencial.

por la contestación tan significada que ha promovido en contra de la instauración *via OMC* de un nuevo orden plutocrático–, pero no incorpora al sistema.

Son principalmente dos los aspectos a los que me voy a referir para confirmar la naturaleza cerrada de la OMC a los intereses plurales de la sociedad civil. Primero analizaré el papel de la sociedad civil en las rondas de negociaciones comerciales internacionales y en el procedimiento para la resolución de las diferencias comerciales. Haré luego una pequeñísima incursión –lo contrario desbordaría el objeto de este trabajo– en los contenidos sustantivos de las normas OMC, al objeto de tantear si es cierto que operan al servicio de un proceso de desregulación, de liberalización, que produce devastadores efectos en los PVD y los PMA y, por añadidura, a la globalización, una globalización que, como ya nos anunciara D. Held no ha servido –aunque fuera lo deseable–, para lograr una mejor redistribución de la riqueza. Finalmente echaremos una mirada al ámbito regional europeo, que algo tiene que decir en el ámbito del comercio internacional.

En cuanto a la participación de la sociedad civil en las rondas negociadoras (37), en el momento de la adopción de los Acuerdos OMC se incluyó un segundo párrafo en el artículo V del Acuerdo OMC, en el que se autorizó al Consejo General a «adoptar disposiciones apropiadas para la celebración de consultas y la cooperación con organizaciones no gubernamentales que se ocupen de cuestiones afines a la OMC». Su contenido sería desarrollado por unas «Directrices para la adopción de disposiciones sobre las relaciones con organizaciones no gubernamentales» del Consejo General de 18 de julio de 1996 (38), en las que se reconocía la función que éstas podían desempeñar para «acrecentar la conciencia pública de las actividades de la OMC». Estas directrices pretendían orientar el diálogo informal no sólo con las ONG, sino con los distintos componentes de la sociedad civil, y plasmarlo en la asistencia a las conferencias ministeriales (39), la participación en simposios sobre temas específicos y el contacto permanente con la Secretaría General de la OMC, a la que se confió la planificación de estos distintos medios de interacción con las organizaciones de la sociedad civil.

Posteriormente, el Consejo General acordó los procedimientos referentes a la asistencia de las ONG a la Conferencia Ministerial de Singapur de diciembre de 1996. Se decidió que podrían asistir a las sesiones *plenarias* de la Conferencia y que las solicitudes de inscripción serían aceptadas en tanto quedara demostrado el respeto del artículo V (párrafo segundo) del Acuerdo OMC. Desde la Conferencia de Singapur y sobre la base de estos dos criterios, las ONG han asistido sistemáticamente a las reuniones ministeriales en Ginebra (1998), Seattle (1999), Doha (2001)

(37) Véase el capítulo V sobre «Transparencia y diálogo con la sociedad civil», pp. 49-57, en *El Futuro de la OMC. Una respuesta a los desafíos institucionales del nuevo milenio*, Informe del Consejo Consultivo al Director General Supachi Panitchpakdi, por P. SUTHERLAND (presidente), J. BHAGWATI, K. BOTCHWEY, N. FITZ GERALD, K. HAMADA, J. H. JACKSON, C. LAFER y T. de MONTBRIAL, véase http://www.wto.org/spanish/thewto_s/10anniv_s/10anniv_s.htm#future. En las pp. 56 y 57 se propone un marco para las relaciones de la OMC con la sociedad civil, asentado, entre otros, en el principio que otorga a los Estados miembros de la OMC la responsabilidad primordial de dar participación a la sociedad civil en los asuntos de política comercial.

(38) Véase Documento OMC WT/L/162.

(39) La Conferencia Ministerial es el órgano principal de adopción de decisiones de la OMC, donde están representados todos los miembros de la organización. Se reúne por lo menos una vez cada dos años.

y Cancún (2004), pero sin *autoridad normativa*, quedando patente la tensión entre el interés de la sociedad civil en una participación más sustantiva y el recelo de los Estados soberanos por la invasión de su espacio decisorio.

A raíz de las Directrices de 1996, el Director General y el personal de la Secretaría de la OMC se reúnen regularmente con representantes no gubernamentales y se organizan sesiones informativas para representantes de grupos de la sociedad civil con sede en Ginebra, así como simposios sobre temas específicos como medio ambiente, facilitación del comercio o desarrollo. La Secretaría ha establecido además una sección especial en la página web de la organización con cuestiones relativas a la sociedad civil (40).

También en relación con el fomento de la coparticipación de los actores estatales y no estatales en la OMC, se ha mejorado la transparencia externa de los trabajos desarrollados en el seno de la organización a través de la adopción por el Consejo General en julio de 1996 de una decisión sobre los «Procedimientos para la distribución y supresión del carácter reservado de los documentos de la OMC». El principio inspirador de la distribución general de los documentos de la OMC queda sujeto a las excepciones del Apéndice de la Decisión (41), si bien en 2002 el Consejo General modificó la decisión con la finalidad de acelerar la supresión del carácter reservado de los documentos.

Esta decisión aborda únicamente de modo parcial el acceso público a los documentos presentados en el contexto del procedimiento de solución de controversias comerciales, cuestión que enlaza con el otro punto que queremos abordar: la legitimación activa de los actores no estatales ante el Órgano de Solución de Diferencias. Sólo están legitimados para iniciar un procedimiento de solución de una controversia comercial internacional los miembros de la OMC, lo que excluye a los particulares –personas físicas y jurídicas– (42). La intervención de estos últimos se limita a las comunicaciones *amicus curiae* (43). Se trata de un mecanismo que no se contempla en el Entendimiento para la solución de las Diferencias de la OMC, sino que ha sido admitido por el Órgano de Apelación de la OMC (44) –tanto en el procedimiento ante los grupos especiales, como en el procedimiento de apelación–. El Órgano de Apelación ha realizado una lectura flexible de los artículos 13 y 17.9 del Enten-

(40) Véase http://www.wto.org/spanish/forums_s/ngo_s/ngo_s.htm.

(41) Véase Documento OMC WT/L/160/Rev.1).

(42) Véase C. ESPÓSITO, *La Organización Mundial del Comercio y los particulares*, Madrid, 1999, pp. 62-68.

(43) Sobre el papel de esta figura en el Derecho Internacional véase M. STIWELL, «Practical Suggestions for Amicus Curiae Briefs Before Adjudicating Bodies», *Journal of International Economic Law*, Vol. 4, 2001, núm. 1, pp. 155-187.

(44) Véase especialmente, Estados Unidos –Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón (WT/DS58/AB/R), informe del OA de 12.10.1998; Comunidades Europeas– Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto (WT/DS135/AB/R), informe del OA de 12.3. 2001; G. MARCEAU y M. STILLWELL, «Practical Suggestions for Amicus Curiae Briefs Before WTO Adjudicating Bodies», *Journal of International Economic Law*, vol. 4, 2001, núm. 1, pp. 155-187; G.C. UMBRICH, «An “Amicus Curiae Brief” on Amicus Curiae Briefs at the WTO», *Journal of International Economic Law*, vol. 4, 2001, núm. 4, pp. 773-794; L. DE LA CRUZ IGLESIAS, «Las comunicaciones *amicus curiae* en el mecanismo de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio: el asunto amianto», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 3 (<http://www.reei.org>).

dimiento, así como del artículo 16.1 de las Reglas de procedimiento del examen en apelación. En estas disposiciones se prevé, respectivamente, que «Cada grupo especial tendrá el derecho a recabar información y asesoramiento técnico de cualquier persona o entidad que estime conveniente», que «El Órgano de Apelación, (...), establecerá los procedimientos de trabajo y dará traslado de ellos a los Miembros para su información» y, por último, que «[...] cuando se suscite una cuestión procesal, que no esté prevista en el Entendimiento, una división del Órgano de Apelación podrá adoptar el procedimiento apropiado [...]».

Se podría decir que es ésta una vía de apertura del Sistema de Solución de las Diferencias Comerciales a la sociedad civil y, en particular, a las ONG. Téngase sin embargo en cuenta que las últimas decisiones del Órgano de Apelación sólo afirman su competencia y la de los grupos especiales para admitir los informes de actores distintos a las partes en el procedimiento y no les confiere el derecho a que los informes sean estimados, ni considerados como *ratio decidendi* de sus resoluciones (45). Así pues, siguen siendo los propios Estados miembros de la OMC los responsables de establecer las vías internas adecuadas para permitir a sus operadores económicos activar, de nuevo en el plano nacional, el recurso al procedimiento de solución de diferencias (46).

Examinaremos ahora el impacto de la normativa OMC sobre el tercer mundo (47). La Organización es consciente de la necesidad tanto de mejorar el acceso de los productos de los PVD y los PMA al mercado de los países desarrollados como de fortalecer su capacidad exportadora mediante la adopción de normas equilibradas y nuevos programas de asistencia técnica. Este objetivo empapa hasta tal punto la agenda del nuevo proceso negociador que ha sido bautizado como la ronda del desarrollo.

En realidad, los acuerdos OMC contienen numerosas disposiciones en las que se concede a los PVD y PMA derechos especiales o se les trata con una mayor indulgencia «tratamiento especial y diferenciado». En ellas, se permite a los países desarrollados dar a los PVD un trato más favorable que el dispensado a los demás Estados miembros. Pero se contienen muchas *trampas*. Así, en los Acuerdos relativos a los obstáculos no arancelarios al comercio –acuerdo sobre obstáculos técnicos al comercio, acuerdo sobre medidas sanitarias y fitosanitarias, acuerdo antidumping–, se utiliza en muchas ocasiones un lenguaje exhortatorio, que otorga un excesivo margen de apreciación a los países desarrollados e impidiendo que los PVD hagan valer tales disposiciones ante los órganos de solución de diferencias de la OMC. Cabe mencionar también casos en los que el nivel de las concesiones obtenidas por los PVD es claramente insuficiente –en el acuerdo sobre subvenciones, agricultura– lo que es especialmente grave cuando se refiere a sectores en los que los PVD son particularmente competitivos y en los que, precisamente, necesitarían más liberalización; y la

(45) Véase P. MAVROIDIS, «Amicus Curiae Briefs Before the WTO: Much Ado About Nothing», *Harvard Jean Monnet Working Paper* 02/01, <http://www.jeanmonnet-program.org/papers/01/010201.html>.

(46) Véase: Reglamento (CE) número 3286/94 del Consejo, de 22 de diciembre 1994, por el que se establecen procedimientos comunitarios en el ámbito de la Política Comercial Común con objeto de asegurar el ejercicio de los derechos de la Comunidad en virtud de las normas comerciales internacionales, particularmente las establecidas bajo los auspicios de la Organización Mundial del Comercio, DO L 349 de 31 de diciembre de 1994; artículos 301-310 de la Ley estadounidense de Comercio Exterior de 1974.

(47) Véase J. BHAGWATI, *In Defense of Globalization*, Oxford, 2004, capítulo 5 sobre «Poverty: Enhanced or Diminished?».

problemática aplicación del SPG, efectuada unilateralmente por los Estados, que por añadidura pierde importancia al reducirse los tipos arancelarios normales (48). Quizá la OMC no ha creado un mercado esencialmente liberalizado, ni carente de reglamentación, pero sí de la reglamentación adecuada; pues la introducción de elementos de liberalización no ha ido acompañada de las necesarias medidas compensatorias para otros Estados. Claramente debe asentarse una preocupación mucho mayor en la OMC por la concesión de beneficios reales a los países en vías de desarrollo de la OMC. Se trata de uno de los principales objetivos de la Agenda Doha de negociaciones comerciales multilaterales..., pero los avances no llegan.

Una breve mirada al ámbito regional europeo, nos ofrece un saldo acaso más desolador. Vaya por delante que la participación de la sociedad civil en el procedimiento de creación de normas y en los procedimientos contenciosos en el seno de la Comunidad Europea convierte el régimen de la OMC como un sistema abierto y flexible en su relación con la sociedad civil, pues no existe en el Derecho primario europeo ningún precepto que pueda fundamentar la participación de la sociedad civil. En la actualidad están vivos numerosos procedimientos consultivos entre las organizaciones de la sociedad civil y las instituciones comunitarias, pero no se les ha reconocido un estatuto consultivo –que, por otra parte, no iría en contra del establecimiento de otros mecanismos informales de colaboración– (49). Bien es cierto que durante el proceso de elaboración del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa se brindó a las organizaciones de la sociedad civil la posibilidad de hacer públicas sus contribuciones destinadas a los miembros de la Convención, abriendo un espacio en la página web de la Convención. Clausurados los trabajos de la Convención el 10 de julio de 2003, la Comisión Europea creó en el sitio *Futurum* una sección denominada *El futuro de la Unión Europea y la sociedad civil* (50).

Por lo que se refiere al objetivo de hacer frente a la marginación que los PVD y los PMA sufren en el sistema multilateral del comercio, la UE ha asumido un importante papel (51). Pero si bien muestra su disposición a fortalecer la capaci-

(48) Los intereses de los PVD deben centrarse, más que en mantener el tratamiento especial y diferenciado tal y como se ha hecho en el pasado, en lograr la liberalización del comercio en los sectores en los que ellos son particularmente competitivos, como la agricultura, que es el gran tema pendiente de la OMC. En este ámbito los PVD no necesitan menos «globalización», esto es menos liberalización comercial, sino todo lo contrario. No obstante, es indudable que, en este sector, los PVD van a encontrar lógicas resistencias pues, a diferencia de la producción industrial, la producción agrícola está condicionada por factores climatológicos, por el régimen de propiedad de la tierra y el tamaño de las explotaciones que existe en los distintos países, e incluso por factores sociológicos y culturales, lo que tampoco hace deseable una plena liberalización; y en esa postura deben coincidir los PVD que son importadores netos de productos agrícolas. En relación con estas cuestiones, véase C. LÓPEZ-JURADO, «El tratamiento de los países en vías de desarrollo en la OMC y las iniciativas unilaterales de la Comunidad Europea», *REEI*, 2001, número 3; J. A. ALONSO, GÓMEZ GALÁN, J. A. SANAHUJA, (coords.), *La cooperación al desarrollo en un mundo en cambio*, Madrid, 2001.

(49) Véase L. PÉREZ-PRAT DURBÁN, *Sociedad Civil y Derecho Internacional*, Valencia, 2004, pp. 209-213.

(50) Véase, http://www.europa.eu.int/constitution/futurum/civil_society_es.htm. y http://www.europa.eu.int/constitution/futurum/analyse/index_es.htm.

(51) Sobre el tema véase: L. N. GONZÁLEZ ALONSO, «Política comercial y globalización: la UE ante el inicio de una nueva ronda de negociaciones comerciales multilaterales», y J. A. ALONSO, «La política comercial de la UE como instrumento para la globalización de la economía de mercado», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, número 2, 2002, pp. 249 y 243.

dad exportadora de dichos países mediante la adopción de normas equilibradas y nuevos programas de asistencia técnica que ya ha puesto en práctica en sus acuerdos de cooperación/asociación-, mantiene importantes barreras a la hora de facilitar el acceso de sus productos agrícolas al mercado europeo. Como bien ha afirmado L. N. González Alonso, *el panorama no es alentador; pues los condicionamientos internos derivados sobre todo del funcionamiento de la PAC, chocan con los intereses de los PVD* (52). El margen de maniobra de la UE es muy limitado y más después de la última ampliación. El escollo agrícola entorpece sistemáticamente la estrategia de acercamiento de la UE a los PVD y dificulta el buen fin de toda ronda negociadora. Como no podía ser de otra manera, priman los intereses de este subsistema, también plutocráticos, ahora de ámbito regional.

2.2 En la protección internacional de los derechos humanos

Nos trasladamos ahora a otros sectores del ordenamiento en los que, como bien expresa D. Held, *overlapping communities of fate, where the fates of nations are increasingly intertwined with one another* (53), la protección de los derechos humanos. Se trata de un ámbito que da de lleno con los intereses de la sociedad civil internacional en cuya regulación ésta ha logrado participar activamente (54) que se ha activado y participa activamente encontrándose su presencia más asentada. Por lo que se refiere a la protección de derechos humanos nos encontramos con resultados muy irregulares. El Estatuto de la Corte Penal Internacional se presenta como paradigma de *integración* de la sociedad civil en la formación del Derecho internacional (55), como un hito en la actitud interestatal, en donde a la sociedad civil, como pone de relieve L. Pérez-Prat, se le negará su papel de negociador solo conforme a argumentos formales, pero nada más (56). Debe, además, valorarse la relevancia política de la cuestión tratada. Quizá sea precisamente éste último uno de los elementos que han movido la actitud estatal hacia la apertura. Ahora bien, sin pretender minimizar la importancia de la labor realizada, sí queremos precisarla, destacando: por un lado, el carácter tan específico del objeto de regulación (57); por otro, el alcance de las obligaciones asumidas: el ejercicio de la jurisdicción de la

(52) L. N. GONZÁLEZ ALONSO, «Política comercial y globalización...», *ob. cit.*, p. 256.

(53) D. HELD afirma que es en este sentido en el que se puede afirmar que la globalización está fuera del control del Estado, pero nos más allá de ello. Véase D. HELD and J. S. NYE, *Global transformations*, Harvard University, 1999. Véase también: <http://www.polity.co.uk/global/>

(54) L. PÉREZ-PRAT DURBÁN, *Sociedad Civil...*, p. 250.

(55) Son muchos los trabajos que se han detenido en la cuestión de la sociedad civil en la elaboración del Estatuto de Roma. En España, I. LIROLA DELGADO y M. MARTÍN MARTÍNEZ, *La Corte Penal Internacional*, Barcelona, 2001, pp. 49 y ss.; J. L. GÓMEZ COLOMER, J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, J. CARDONA LLORENS, *La Corte Penal Internacional*, Valencia 2003, p. 54; L. PÉREZ-PRAT, *Sociedad Civil...*, *ob. cit.*, pp. 298 y ss.

Véase también K. ROTH, «The case for Universal Jurisdiction», en: K. A. MINGST and J. L. SNYDER, *Essential readings in World politics*, London-NY, 2004; W. R. PACE y M. THIEROFF, «Participation of Non-governmental Organizations», en R. LEE, *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results*, La Haya-Londres-Boston, 1999, pp. 392 y ss.

(56) Véase L. PÉREZ-PRAT, *Sociedad Civil...*, *ob. cit.*, p. 265.

(57) Véase A. SÁNCHEZ LEGIDO, *Jurisdicción universal penal y Derecho Internacional*, Valencia, 2004.

Corte Penal Internacional se encuentra sometido, bien al consentimiento del Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate, o bien al consentimiento del Estado del que sea nacional el acusado del crimen (58) –uno de los dos, lo que explica los acuerdos bilaterales que EEUU está celebrando con terceros países–; y, en tercer lugar, de nuevo sin pretender ser deconstructivos, la irrelevancia del objeto de la negociación en relación con el proceso de globalización económica. Y de hecho, cuando este proceso de globalización se ha topado con los derechos fundamentales la reacción estatal ha sido muy distinta.

En este sentido, llama la atención cómo en la OMC ni siquiera ha sido posible el establecimiento de un grupo de trabajo que estudie la relación entre el comercio internacional y el respeto de los derechos de los trabajadores internacionalmente reconocidos, grupo que era fomentado por EEUU y algunos de los países de la UE. L. Hinojosa (59), profundo conocedor de estos temas, entiende que desde los PVD el grupo se sintió como un primer paso para la introducción de la cláusula social, que permitiría condicionar la participación de los Estados en las medidas de liberalización del comercio internacional al respeto de una serie de derechos sociales elementales. Para los PMA la cláusula social es una forma de neoproteccionismo, que pretende anular las ventajas comparativas que ellos tienen en el comercio internacional por el bajo nivel de sus salarios (60).

En realidad, solo los países desarrollados defienden la introducción de la condicionalidad social en el Derecho Internacional del comercio. Sin embargo, en palabras de L. Hinojosa, estos países son *presa de una contradicción* (61) y explica el autor porque no desean dar un mayor protagonismo a la OIT, cuando en realidad, es esta organización la principal responsable de la elaboración y control del Derecho Internacional del trabajo. Los motivos de la desconfianza de los países desarrollados hacia la OIT son fundamentalmente la independencia que caracteriza a la organización, la participación en ella de delegados no gubernamentales y el carácter progresista de sus convenios, que son incumplidos incluso por muchos países desarrollados (EEUU solo ha ratificado dos de los ocho convenios fundamentales de la OIT).

Se percibe entonces, que en los ámbitos en los cuales el Estado ha ido progresivamente dando entrada a las ONG, a medida que los elementos concretos objeto de regulación se enfrentan más crudamente con los intereses de las corporaciones transnacionales –piénsese en los derechos humanos de los trabajadores– más se alejan los resultados sustantivos de las propuestas de las ONG –excluyendo las ONG de los negocios–, más se distancia el Estado del esfuerzo por disciplinas multilaterales y, lo que es muy relevante, más precarios son los acuerdos alcanzados. Como ahora veremos, el ámbito de la política global medio ambiental puede servirnos de ejemplo de esta última afirmación –léase Kyoto–, pero más alejado de regulación a través de disciplinas multilaterales se percibe el ámbito de las inversiones directas y, de forma paradigmática, las transacciones de las corporaciones transna-

(58) Artículo 12 del Estatuto. Véase, I. LIROLA DELGADO y M. MARTÍN MARTÍNEZ, *La Corte Penal Internacional*, Barcelona, 2001, p. 153.

(59) Véase L. HINOJOSA MARTÍNEZ, *Comercio justo y Derechos sociales*, Madrid, 2002, pp. 113 y ss. El autor es optimista en relación con las perspectivas de esta cuestión en el seno de la OMC.

(60) *Ibid.* «La política exterior de la Unión Europea como instrumento para la globalización de la economía de mercado», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, número 2, 2002, pp. 259 y ss.

(61) *Ibid.* *Comercio justo y Derechos sociales*, ob. cit., p. 185

cionales, objeto del epígrafe siguiente, ámbito en el que la desregulación y la entrada de la autonomía de la voluntad como opción estatal cobra su máxima expresión.

2.3 En la protección del medio ambiente

Es en el marco de la política global medioambiental donde la sociedad civil ha revelado una fractura de mayor calado, lógica por otro lado, pues ha de entenderse que no pueden coincidir en sus apreciaciones las ONG ambientales con las ONG gestadas por las corporaciones transnacionales. Es importante señalar su influencia en tres direcciones: la participación de las ONG en las conferencias intergubernamentales en las que se han negociado las normas de protección del medio ambiente; dos, la efectividad de la presión por ellas ejercida, en lo que a contenidos materiales de la regulación internacional se refiere, y, en tercer lugar, el reducido papel de las corporaciones transnacionales en la configuración de la política global medioambiental.

Por lo que se refiere al primero, no se cuestiona ya la presencia de la sociedad civil como observador en las negociaciones internacionales, incluyéndose en los textos convencionales preceptos que alojan tal derecho (62). Pero si nos introducimos en la segunda de las cuestiones a tratar, la influencia real de las propuestas de las ONG, B. Arts (63) nos anuncia que no es tan claro el éxito de éstas en ese sentido, especialmente en la *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio climático* (Río de Janeiro, 1992). Contrariamente a ello, L. Pérez-Prat (64) expone otros casos en los que la influencia de las propuestas de las ONG en los procesos de normación internacional ha sido muy reseñable, como es el caso de la *Convención relativa a las humedades de importancia internacional, especialmente como hábitat de aves acuáticas*, celebrada en Ramsar, el 2 de febrero de 1971 o, la *Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de la fauna y flora silvestre* (Washington, 1973). Pareciera desprenderse inevitablemente de esta ejemplificación que se da una mayor penetración real de las ONG en las estructuras internacionales cuando disminuye la multilateralidad de la convocatoria y el eco político de la misma.

No puede cerrarse el análisis de la participación de la sociedad civil en la política global medioambiental sin una mención detenida al importante impacto que en ella debieran tener las corporaciones transnacionales y que no está, por lo demás, a la altura de las necesidades. Al respecto, A. Kolk afirma que un aspecto sorprendente de la política medioambiental internacional es la limitada atención que se

(62) El artículo 7.6 de la Convención marco de las Naciones Unidas de 9 de mayo de 1992 sobre el cambio climático (conocida como Cumbre de Río) establece que podrá admitirse a todo órgano u organismo, ya sea nacional o internacional, ya sea gubernamental o no gubernamental, con competencias en esferas relacionadas con la protección de la capa de ozono, que haya informado a la secretaria de su deseo de estar representado en una reunión de las partes como observador, salvo que se oponga a ello por lo menos un tercio de las partes presentes. Esta misma disposición puede encontrarse en otros tratados internacionales.

(63) Bas ARTS, «The impact of environmental NGOs on International Conventions», en: Bas ARTS, Math NOORTMANN y Bob REINALDA, eds., *Non-State Actors in International Relations*, ob. cit., pp. 195 y ss., especialmente 201.

(64) L. PÉREZ-PRAT DURBÁN, *Sociedad Civil...*, p. 254-56.

presta a las corporaciones estratégicas, a pesar de que de su aceptación depende, en muchos casos, la efectividad de las medidas (65). Es por ello esencial que las corporaciones transnacionales más influyentes lleguen a ser conscientes de la relevancia de la acción que se pretende llevar a cabo. En este ámbito se manifiesta muy especialmente como el Estado ya no tiene capacidad para marcar individualmente los objetivos en orden a la creación del Derecho, pues este no será efectivo si no ha sido aceptado por las fuerzas transnacionales. Se percibe en el análisis que realiza la autora cómo siendo los operadores económicos proactivos en su comportamiento no reciben de los Estados, más allá de lo arriba expuesto, la atención necesaria para adquirir su compromiso (66). Atención que debiera darse, más aun cuando, como explica I. H. Rowlands, las corporaciones transnacionales tienen muchos modos de operar en la política global medioambiental: acciones individuales dentro de la propia empresa, programas concertados entre empresas, inversión en institutos de investigación, etc. Se ha llegado incluso a hablar del camino hacia la *privatización de la política global medioambiental* (67).

La conclusión que se alcanza en este ámbito material es que pese a la aparente buena disposición existente en todas las partes, todos los cauces formales abiertos para la participación de la sociedad civil y la conciencia de Estados y organizaciones internacionales respecto de la necesaria presencia y relevancia de aquella en los retos que plantea la política global medioambiental, la confrontación de intereses produce finalmente unos resultados pobres. El Protocolo de Kyoto, el Tratado más ambicioso jamás adoptado para proteger el medio ambiente, apoyado por la globalidad de las ONG que participaron en su elaboración –lo que no excluye una paralela posición crítica hacia él– unido a la negativa de Estados Unidos a su ratificación, es un buen ejemplo de unos resultados dudosos (68).

2.4 En la protección de las inversiones extranjeras

Trasladándonos a otro ámbito, el aumento de la inversión directa provocó la necesidad de establecer nuevas garantías jurídicas para el inversor extranjero que, históricamente amparado en la institución de la protección diplomática, se encontraba en realidad desprotegido, especialmente en los casos de inestabilidad econó-

(65) A. KOLK, «Multinacional enterprise and internacional climate policy», en: Bas Arts, Math Noortmann y Bob Reinalda, eds., *Non-State Actors in Internacional Relations*, *ob. cit.*, p. 211.

(66) A. KOLK, «Multinacional enterprise and internacional climate policy», *ob. cit.*, p. 224.

(67) I. H. ROWLANDS, «Transnational corporations and global environmental politics», en: D. JOSS.ELIN and W. WALLACE, *Non-State Actors in World Politics*, N.Y., 2001

(68) Mientras las ONGs ambientales apoyan sin reservas el Protocolo de Kyoto y hacen campaña en los Estados aún no firmantes para que procedan a ello, no dejan de advertir y denunciar que se trata de un Convenio de mínimos y por tanto, es solo un pequeño paso –que regula la reducción sólo del 2008 al 2012– en la labor necesaria. Por su parte, las corporaciones transnacionales, en su temor a la asfixia que Kyoto les puede producir presionan para que se lleve a cabo lo que denominan la socialización de costes. En este contexto, el Protocolo ha entrado en vigor el 16 de febrero del presente año, pasados ocho años desde su autenticación. Véase: D. G. VICTOR, *The collapse of the Kyoto Protocol and the struggle to slow warming*, Princeton, 2001, M. ORTEGA CERDÁ, *El ataque empresarial español contra el Protocolo de Kyoto*, en <http://www.rebellion.org/ecología>.

mica y política del Estado de inversión (69). La exigencia de agotamiento de los recursos internos o el carácter discrecional de la protección diplomática son algunos de los motivos de la insuficiente protección.

La celebración de contratos internacionalizados –los conocidos como contratos de Estado– y la sumisión de estos al arbitraje internacional para la protección jurídica de las inversiones extranjeras son algunos de los instrumentos jurídicos a los que se ha acudido tradicionalmente para reforzar la protección del inversor. El recurso al arbitraje fue además potenciado por algunas convenciones internacionales, entre las que destaca el Convenio de Washington de 1965 por el que se crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) (70), que conoce de controversias que surjan de inversiones entre Estados partes y nacionales de otros Estados –siempre que se haya consentido a la jurisdicción del CIADI–. El CIADI tiene la virtud añadida de que aplica el Derecho Internacional a la solución de controversias a falta de acuerdo entre las partes respecto de la ley aplicable (71). Pero los resultados generados por los contratos de Estado se revelan insuficientes (72). En primer término, en la medida en que la inversión no se articulaba a través de un contrato, no había lugar a la protección que de ellos se deriva; en segundo lugar, muchos Estados se defienden de estos contratos estableciendo su prohibición legal (73); y finalmente resultaron insuficientes sobre todo desde la perspectiva del progresivo aumento de la inversión en las dos últimas décadas, que motivó la progresiva celebración a partir de los años ochenta de Acuerdos bilaterales para la Promoción y Protección recíproca de Inversiones, conocidos como APPRI.

Los APPRI ofrecen al inversor extranjero un abanico de garantías no desdeñable a través de diversos mecanismos, siendo en general bastante similares tanto en su estructura como en sus contenidos. Recordemos que en ellos encontramos cláusulas que garantizan a las inversiones extranjeras un trato justo y equitativo, el mismo tratamiento que las inversiones nacionales –cláusula de trato nacional– y el dispensado a las inversiones procedentes del país que goce de un tratamiento más

(69) Véase: J. Díez-Hochleitner, «Protección diplomática v. arbitraje de inversiones», en *El Derecho Internacional: normas hecho y valores. Liber amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, Madrid, 2005, pp. 469 y ss.

(70) En relación con el CIADI, véase J. A. VIVES CHILLIDA, *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)*, Madrid, 1998. Véase también C. H. SCHREUER, *The ICSID Convention: A commentary*, Cambridge, 2001.

(71) Artículo 42 del Convenio de Washington: a falta de acuerdo..., el tribunal arbitral aplicará la legislación del Estado que sea parte en la controversia, incluyendo sus normas de Derecho Internacional Privado y aquéllas normas de Derecho Internacional que pudieran ser aplicables.

(72) De la abundante bibliografía sobre contratos de Estado, baste recordar los trabajos ya clásicos de: R. Y. JENNINGS, «State Contracts in International Law», *British Yearbook of International Law*, núm. 37, 1961, pp. 156 y ss.; G. SACERDOTI, *I contratti tra Stati e Stranieri del Diritto Internazionale*, Milán, 1970; y P. WEIL, «Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier», *Recueil de Cours*, 1969, t. 128, pp. 95 y ss.

(73) Aunque pueda sorprender, España es un ejemplo de ello: El Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no solo dispone la aplicación de sus disposiciones a todos los contratos celebrados con las Administraciones públicas sino que excluye su sumisión al arbitraje salvo que medie autorización del Consejo de Ministros (art. 60.2). Véase: J. Díez-Hochleitner, *Protección diplomática v. arbitraje de inversiones*, ob. cit., p. 470.

favorable –cláusula de la nación más favorecida–, además del derecho a una indemnización en caso de medidas expropiatorias –incluidas las medidas de «expropiación indirecta»– o a la libre transferencia de las rentas obtenidas (74).

De entre las garantías concedidas por los APPRIs destaca la internacionalización de los mecanismos de solución de controversias y, en particular, la posibilidad para los inversores extranjeros de someter sus controversias con el Estado huésped al arbitraje internacional (75), incluido normalmente el arbitraje CIADI. Nótese el giro que se produce en la situación del inversor, cuya protección frente al Estado de inversión ya no va depender de la voluntad del Estado de su nacionalidad de ejercer o no la protección diplomática, no viéndose además en la necesidad de agotar los recursos internos disponibles en el Estado de inversión antes de formular una reclamación arbitral contra él.

El mecanismo de arreglo de controversias diseñado en la mayor parte de los APPRIs analizados prevé que, transcurrido un determinado plazo durante el cual debe intentar un arreglo amistoso con el Estado huésped, el inversor pueda acudir bien a los tribunales internos de aquél, bien al arbitraje internacional, configurándose ambas vías como excluyentes entre sí. Sin embargo, algunos se apartan de este modelo, comúnmente conocido como «fork-in-the-road», y exigen que el inversor –salvo acuerdo en contrario entre las partes–, someta primero la controversia a los tribunales nacionales, pudiendo acudir al arbitraje internacional si, transcurridos 18 meses, no hubieran dictado sentencia o no hubieran atendido sus pretensiones.

Pero el fenómeno de la globalización y la necesidad, ya mencionada en este trabajo, de buscar respuestas jurídicas que tuvieran forma de disciplinas multilaterales produjo el inicio de las negociaciones del conocido como AMI, o Acuerdo Multilateral de Inversiones, primer intento por lograr un tratado multilateral que permitiera superar el complejo entramado convencional descrito. Y su fracaso se debe parcialmente a uno de los mayores éxitos de una parte de la sociedad civil, las ONG (76). Su negociación se inició en 1995 bajo los auspicios de la OCDE. Probablemente el foro fue el primer gran error. No se convocó una conferencia multilateral abierta, sino que la intención de los negociadores era celebrar un acuerdo entre sí, en un entorno de países industrializados (generalmente los inversores), para luego abrirlo a la firma de terceros Estados (los países receptores de la inversión, normalmente países en desarrollo). Así, si el punto de partida era complicado, todo su planteamiento fue cuestionable. No estableció ningún conducto en la OCDE para la consulta a las ONG, ni tampoco se estimó necesario. Sí hubo consultas con las corporaciones transnacionales y, en menor medida, con las organiza-

(74) Para un análisis comparado y pormenorizado de estos Acuerdos, véase R. DOLZER y M. STEVENS, *Bilateral Investment Treaties*, Dordrecht, 1995, y los informes de la UNCTAD, publicados en su *Series on issues in international investment agreements*, algunos de los cuales se citan en este trabajo. Véase también J. DíEZ-HOCHLEITNER, «El arbitraje internacional como cauce de protección de los inversores extranjeros en los APPRIs», *Actualidad Jurídica*, Uría Menéndez, número 11 y T. WEILER (eds.), *International Investment Law and Arbitration*, CAMERON MAY, London, 2005. Se trata de una muy interesante obra, que va analizando a través de la jurisprudencia arbitral más relevante cómo se están perfilando los conceptos y los mecanismos en el arbitraje de inversiones.

(75) Véase J. DíEZ-HOCHLEITNER, *Protección diplomática v. arbitraje de inversiones*, *ob. cit.*, pp. 473 y ss.

(76) L. PÉREZ-PRAT, *Sociedad Civil... ob. cit.*, pp. 386 y ss. Bajo el título la sociedad civil contra las reglas, el autor explica detenidamente el papel que la sociedad civil jugó en las negociaciones del AMI.

ciones sindicales. El AMI plasmaba en su articulado una elevación del estándar de protección que provocó su rechazo por las ONG y otros movimientos sociales. Un rechazo que explica que las negociaciones perdieran fuerza y que no se alcanzase finalmente un acuerdo en el seno de la OCDE (77).

El fracaso del AMI produjo un aumento vertiginoso del número de APPRI, que es la situación que actualmente vivimos –más de 2.000–. Rubricados como Acuerdos para la promoción y protección de inversiones, sorprende en una primera lectura los escasos y ambiguos preceptos que se destinan a la promoción de aquéllas. Normalmente se limitan a afirmar que las partes promoverán el acceso de inversiones extranjeras y las admitirán conforme a su legislación vigente. Y es que, en realidad, la promoción de las inversiones se concibe en los APPRI como el resultado de la aplicación de los mecanismos de protección establecidos en ellos. Y por lo que se refiere a la protección, o que estos acuerdos plasman –sin mucho pudor– son los intereses de los Estados inversores, normalmente Estados desarrollados. Busca, por un lado, la estabilidad jurídica de la inversión frente a la inestabilidad política del propio Estado receptor de la inversión –recordemos PVD en muchos casos– y limitando la capacidad de regulación de los países receptores. ¿Por qué los APPRI son aceptados por los PVD, cuando, además, les han supuesto una renuncia a sus postulados más queridos? Se trata de una competición por los flujos inversores, no hay mucha opción. En la actualidad la negociación de un Acuerdo sobre inversiones está en la agenda de la OMC.

En todo caso, concebido el arbitraje entre el inversor extranjero y el Estado receptor de la inversión, como la vía de ampliación de la protección de aquél –protección que en el pasado iniciaba y agotaba sus posibilidades en el derecho del Estado a ejercer la protección diplomática (78), hay que aceptar que son muy reducidas las posibilidades de que sea el Estado el que proceda a hacerse cargo de la protección del inversor. Ello pone de manifiesto que en este ámbito la respuesta del orden internacional ante uno de los fenómenos provocados por la globalización ha reducido intensamente el papel protagónico del Estado, si bien no olvidemos que ha sido el propio Estado, por la vía de la celebración de los APPRI, el que ha permitido la actual realidad (79).

3. ¿ÁMBITOS DE ACCIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL CON LA COMPLICIDAD DEL ESTADO?

Máximo exponente del impacto de la sociedad civil en el Derecho es la aceptación y el apoyo estatal al creciente recurso al arbitraje para la solución de conflictos nacidos de las transacciones comerciales entre particulares, pues el Estado asume la opción de los operadores económicos –frente a las jurisdicciones nacionales–. Se trata de un ámbito en el que el Estado ha hecho suyos los intereses y

(77) En relación con el AMI véase, por todos: A. CRESPO GONZÁLEZ, *El Acuerdo Multilateral de Inversiones: ¿crisis de un modelo de globalización?*, Madrid, 2000.

(78) A salvo algunos mecanismos de protección de los derechos humanos, por ejemplo CEDH.

(79) Véase J. Díez-Hochleitner, «Protección diplomática v. arbitraje de inversiones»; *ob. cit.*

necesidades del operador económico y los ha endosado en su papel de legislador. Bien es cierto que el arbitraje como método jurisdiccional de solución de diferencias inicia su auge en el Siglo XIX, pero no es menos cierto que su actual expansión encuentra su razón de ser en el proceso globalizador (80).

La razón de ello se encuentra en el progresivo aumento de las transacciones comerciales instrumentadas como no podía ser de otro modo, a través de contratos internacionales. Éstos se caracterizan esencialmente por la posibilidad de que las partes elijan tanto el derecho aplicable como el sistema de solución de controversias. Se trata, en definitiva, de una relación contractual y, como tal, en ella juega plenamente la autonomía de la voluntad de las partes. En este caso, las partes –operadores económicos– han sentido claramente la necesidad de un sistema flexible que les permitiera –frente a la rigidez del modelo judicial– propiciar soluciones rápidas, justas y eficaces. Y es en este contexto en el que el arbitraje comercial internacional (81) se presenta como una alternativa plausible a la jurisdicción y, en ocasiones, como la única opción razonable (82) a cuyo auxilio han acudido los operadores económicos en progresivo aumento. Se han defendido como principales ventajas del arbitraje comercial internacional la neutralidad –elección de foro y tribunal neutral– y la especialización de éste último (83). Añadidas a ellas, otras razones subsidiarias: la flexibilidad del procedimiento arbitral y la confidencialidad del proceso (84). En todo caso, como se ha dicho, *not everything in the garden is lovely* (85) y son fácilmente perceptibles como desventajas del recurso al arbitraje: el coste –el arbitraje no es necesariamente un método económico–; la limitación de poderes de los árbitros, derivada del ordenamiento jurídico nacional al que esté sometido; la imposibilidad –por lo general– de intervención de terceros en el arbitraje –coadyuvantes– y la inexistencia del sistema de precedentes (86). Por lo que

(80) Véase J. Díez-Hochleitner and J. Remon, *Dispute Resolution Systems and Global Markets: Why Arbitration?*, en: V. Pérez Díaz (eds.)..., en prensa.

(81) Sobre el concepto de arbitraje comercial internacional, véase por todos: Fouchard, Gaillard, Goldman, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law, 1999, véase especialmente p. 35 y 45. Existe un amplio debate sobre cuales son los elementos que deben conceder a un arbitraje el carácter de comercial, por un lado, e internacional por otro. El debate ha sido en alguna medida cerrado por la Ley modelo UNCITRAL, que establece unos criterios que han sido incorporados por muchos Estados a sus ordenamientos internos. No obstante restan algunos conceptos jurídicos indeterminados que la jurisprudencia tendrá que encargarse de perfilar; sirva de ejemplo la letra c) del artículo 1.3 de la nueva ley española de arbitraje: que la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional. Véase al respecto también: <http://www.uria.com/html/esp/publicaciones/circulares/procesal>.

(82) Véase J. Díez-Hochleitner and J. Remon, *Dispute Resolution...*, *ob. cit.*, en prensa.

(83) Los tribunales estatales no siempre están habituados a aplicar el Derecho extranjero y es más que posible que no tengan un buen conocimiento del mismo. En relación con esta cuestión, véase A. Calvo y L. Fernández de la Gándara, *El arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1989, pp. 38 y ss.

(84) A. Redfern and M. Hunter with N. Blackaby and C. Partasides, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London, 2004, pp. 27 y ss.

(85) A. Redfern and M. Hunter with N. Blackaby and C. Partasides, *Law and Practice...*, *ob. cit.* En una extensa introducción los autores de esta obra analizan las virtudes y desventajas de la institución arbitral.

(86) La confidencialidad del arbitraje impone en muchos casos la no publicidad de los laudos. Caso de ser conocidos, pueden tener cierto efectos persuasivo, pero nada más. Véase al respecto: A. Redfern and M. Hunter with N. Blackaby and C. Partasides, *Law and Practice of International*

hace referencia a las limitaciones del arbitraje derivadas del ordenamiento jurídico nacional, ha sido en una importante medida paliada por los Estados, al producirse un proceso de reformas de los ordenamientos jurídicos nacionales en la línea de adaptar éstos a las necesidades del recurso al arbitraje —condiciones favorables a la condición de sede arbitral y al auxilio judicial. Ello es muy significativo a los efectos de este estudio, pues revela, sin duda, la aceptación y apoyo por el Estado a esta institución.

La apuesta del Estado por el arbitraje se advierte en el propio ordenamiento jurídico internacional. Recordemos en este sentido la Ley modelo UNCITRAL de Arbitraje adoptada por una resolución de la Asamblea General de la ONU (87) y recomendada por este mismo órgano a los Estados miembros en la convicción de que *contribuye al desarrollo de relaciones económicas internacionales armoniosas*. Y no hemos de olvidar que la Ley Modelo UNCITRAL (88) concede un juego importante a la autonomía privada para la regulación del arbitraje e introduce una gran flexibilidad en el procedimiento arbitral y en la emisión del laudo. La tendencia al arbitraje se consolida por otros dos fenómenos: por un lado, la aparición de nuevas instituciones arbitrales privadas y, por otro, la progresiva ratificación de las normas convencionales relevantes en la materia, especialmente el Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales de 10 de junio de 1958, del que hoy forman parte un muy importante número de Estados.

Y en este contexto internacional, los Estados que se alejen de esa tendencia no conseguirán más que la huida de los operadores económicos hacia otros Estados como sede arbitral y otros ordenamientos jurídicos como ley aplicable. Es por ello que España (89), en una apuesta decidida por el arbitraje, aprobó el 26 de diciembre de 2003 la Ley 60/2003, de Arbitraje, de 23 de diciembre, que fija una regulación fácilmente reconocible en la Ley Modelo de UNCITRAL de 1985 y ofrece un marco propicio para el desarrollo del arbitraje interno y para la configuración de España como sede de arbitrajes internacionales. Me interesa destacar que la Ley española acepta plena autonomía de las partes en la elección de la ley aplicable en el caso de los arbitrajes internacionales (90) y el auxilio judicial —en ámbitos tales como la ejecución de medidas cautelares dictadas por árbitros, la adopción por los

Commercial Arbitration, London, 2004, p. 25. No obstante lo cierto de esta afirmación, en la actualidad podría ser cuestionada, a la luz de la actuación de las instituciones arbitrales permanentes creadas en la sociedad internacional en las últimas décadas, cuya jurisprudencia pone de manifiesto que sí se sienten vinculadas a sus propios pronunciamientos, dándose de hecho cierto efecto precedente.

(87) Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985, de la AGNU relativa a la Ley Modelo sobre el arbitraje comercial internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

(88) Un análisis muy completo de la Ley Modelo UNCITRAL puede encontrarse en P. SANDERS, *The Work of UNCITRAL on Arbitration and Conciliation*, Kluwer, 2001.

(89) Existía en nuestro país la Ley 36/1988, de 5 de diciembre (ALA), que había en parte superado la muy deficiente regulación que proporcionaba la ley de 1953, reticente y recelosa de la institución arbitral pero que, en todo caso, no había conseguido convertir el arbitraje en una alternativa real a la jurisdicción ordinaria, entre otras cosas, porque regulaba escasamente el arbitraje internacional.

(90) Las partes pueden elegir la ley de un Estado, la *lex mercatoria* (como ordenamiento jurídico «no nacional» que regula la contratación internacional de modo autónomo), o incluso, una selección de normas jurídicas de diferentes ordenamientos jurídicos para las diferentes cuestiones susceptibles de conflicto, si bien la legislación española se configura como legislación supletoria, de las reglas procesales. Véase: <http://www.uria.com/htm/esp/publicaciones/circulares/procesal>.

jueces de medidas cautelares solicitadas por las partes en el arbitraje, el auxilio en pruebas o la ejecución de los laudos por los tribunales (91). Al igual que las leyes de los países de nuestro entorno, la ley española configura las relaciones entre arbitraje y jurisdicción como relaciones de complementariedad, en beneficio mutuo, articulando mecanismos de estrecha cooperación de los tribunales con los árbitros. Como ya ha observado J. Díez-Hochleitner, se trata de admitir la relación de necesidad entre arbitraje y jurisdicciones nacionales, pues aquél necesita de éstas (92). A efectos del trabajo que desarrollo esta afirmación resulta reveladora de que la acción *normativa* de los operadores económicos –y podría hacerse extensible a toda la sociedad civil– ni pretende ni puede ser sustitutiva del Estado –no hay, en ese sentido, crisis del Estado–; cada uno debe cumplir las funciones que pudieran corresponderle, esencialmente el Estado.

En definitiva, el Estado ha hecho suyos los intereses de una parcela de la sociedad civil –las empresas transnacionales– y arropado por las Naciones Unidas, que marca las directrices a título recomendatorio de lo que debe ser la legislación nacional, adopta en los ordenamientos internos la legislación necesaria para facilitar sus transacciones internacionales. Hoy son más de cincuenta Estados los que han adoptado leyes de arbitraje siguiendo la Ley Modelo UNCITRAL (93). El eje de la posición estatal es el amplio juego concedido a la autonomía de la voluntad de las partes, ante la que todos los operadores económicos no se encuentran en idénticas condiciones.

En el futuro, puede o no consolidarse está *opción* por el arbitraje. Si pensamos que, en cierta medida, viene a sustituir la función –no siempre bien cumplida– que corresponde a los tribunales nacionales y que el auge del arbitraje se explica en nuestros días en términos de ventajas comparativas respecto de la jurisdicción nacional, así como por la ausencia en el marco internacional de mecanismos judiciales de arreglos de controversias abiertos a los particulares, tendremos que admitir que probablemente el nacimiento de estos últimos redujera el auge de arbitraje (94). Así puede sentirse en la Unión Europea, donde los tribunales nacionales se han convertido en verdaderos tribunales comunitarios, que cuentan con el auxilio

(91) En relación con esta cuestión, véase A. REMIRO, *Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras*, Madrid, 1980; A. SABATER MARTÍN, *La eficacia en España de los laudos arbitrales extranjeros*, Madrid, 2002.

(92) Véase J. Díez-Hochleitner and J. Remon, *Dispute Resolution Systems and Global Markets: Why Arbitration?*, en: V. PÉREZ DÍAZ (eds.)..., en prensa.

(93) De acuerdo con los datos ofrecidos por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, se han promulgado leyes basadas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional en: Alemania, Australia, Azerbaiyán, Bahrein, Bangladesh, Belarús, Bulgaria, el Canadá, Chile, China: Hong Kong y Macao, regiones administrativas especiales; Chipre, Croacia, Egipto, España, la Federación de Rusia, Filipinas, Grecia, Guatemala, Hungría, la India, Irán (República Islámica del), Irlanda, el Japón, Jordania, Kenya, Lituania, Madagascar, Malta, México, Nigeria, Nueva Zelanda, Omán, Paraguay, el Perú, la República de Corea, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte: Escocia y las Bermudas, territorio de ultramar, Singapur, Sri Lanka, Tailandia, Túnez, Ucrania; los Estados Unidos de América: California, Conetia, Illinois, Oregón y Texas; Zambia, y Zimbabue.

(94) Véase J. Díez-Hochleitner and J. Remon, *Dispute Resolution, ob. cit.*, en prensa. Los autores mencionan la OMC como posible nuevo marco constitucional del comercio internacional que, en el futuro, provea de un mecanismo judicial al que tengan acceso los particulares.

del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, si bien los amagados procesos de integración en otros continentes aún no apuntan maneras (95).

Más allá de lo expuesto, el Estado también ha de lidiar otros frentes de acción de la sociedad civil que desbordan todos sus marcos: las relaciones interestatales, las organizaciones internacionales multilaterales de corte clásico y el uso de instrumentos de formación del Derecho Internacional también clásicos. Así lo ha puesto de relieve L. Pérez-Prat (96), quien, bajo la sugerente etiqueta de *acción normativa innovadora de los actores no estatales*, nos explica el fenómeno del *Derecho global sin Estado* –a su juicio mal denominado, pues carece de toda unicidad–. Se trata de áreas en las que se constata la existencia de reglas de conducta surgidas sin la mediación del Estado, individual o colectiva, de los actores no estatales. El autor defiende la denominación de *autoridad privada* en los asuntos internacionales y encuentra que se ajusta bien a la fuente normativa que se basa en la legitimidad asumida desde los que libremente se someten a ella y han entrado libremente a participar en el régimen creado. Se trata de la ya mencionada *lex mercatoria*, los regímenes legales internos de las empresas multinacionales, la actuación de empresas y fuerzas sindicales en el derecho laboral y la estandarización técnica y autorregulación profesional, que tienden a una coordinación mundial con mínima intervención de la política internacional oficial. En una posible valoración de todo ello, procede de nuevo un llamamiento a la medida, conveniente en esta ocasión porque la realidad es compleja y es probable que el tiempo demuestre que en ella se conjuga, cierto aislamiento de los actores no estatales con el interés y beneficio del Estado que quiere que así ocurra, propiciando quizá un control indirecto, en su función de garante de los valores constitucionales del sistema (97).

4. ¿CONCLUSIONES?

El aumento del fenómeno transnacional sitúa al Estado de plano ante retos hasta ahora esquivados. Además, que el capitalismo como modelo de economía huérfana de competencia en el proceso globalizador se asienta en el mundo en forma dual. Mientras que el modelo anglosajón se caracteriza por un Estado menos intervencionista, pero también menos garantista –pensemos en algo sencillo y por todos conocido, como el sistema sanitario de Estados Unidos frente al modelo de seguridad social imperante en la mayoría de los Estados europeos–, el modelo europeo muestra un Estado más interventor, más condicionante y, desde luego, más reglamentista. En compensación, se trata de un Estado más social (98).

(95) En este sentido se pronuncian J. Díez-Hochleitner and J. Remon, *ibid. nota supra*.

(96) L. Pérez-Prat, *Sociedad Civil...*, *ob. cit.*, p. 310.

(97) *Ibid.*, p. 319.

(98) L. Hinojosa afirma que no es discutible la superioridad social del modelo de economía del mercado europeo. Véase: «La política exterior de la Unión Europea como instrumento para la globalización de la economía de mercado», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, número 2, 2002, p. 260.

Los PVD o los PMD en su peregrinaje hacia un modelo de Estado capitalista no pueden sino dirigirse a un modelo lo más europeizado posible. En niveles de desarrollo muy bajos no cabe pensar en una distribución mínimamente sensata de la riqueza por otra vía que no sea la del Estado en su papel de garante de determinados servicios públicos. Todo ello pone de manifiesto, en inicio, la necesidad de las reglas, de normas y la relevancia del papel del Estado en la determinación de las mismas.

Y llegados aquí, imprescindible nos resulta traer de nuevo a colación a C.W. Jenks, que ya en 1972 afirmaba: *en ninguno de los sectores del Derecho Internacional podrá ser efectiva la norma jurídica si no logra someter a su control a estas fuerzas, cuyo papel es creciente en las relaciones internacionales* (99). Porque, en efecto, en esa tesitura en la que hemos colocado al Estado, en esos retos, el Estado no está solo. Hoy la sociedad civil internacional interfiere en la determinación por el Estado de los objetivos en aras a la creación del Derecho (necesario).

Como ya mencionamos, la dificultad en la relación Estado-sociedad civil surge por la profunda fractura interna de esta última, que se muestra ante el Estado con objetivos enfrentados e irreconciliables. Se ha hablado de un competidor, de la necesidad de promover alianzas, de democracia participativa... En un estudio del papel de los operadores económicos en la regulación internacional del medio ambiente, A. Kolk afirma que es esencial que las corporaciones trasnacionales más influyentes lleguen a ser conscientes de la relevancia de la acción que el Estado pretende llevar a cabo (100), reivindicando el papel del poder estatal en esa labor. Aparece así una faceta primordial del quehacer del Estado: arbitrar los intereses necesariamente enfrentados en la sociedad internacional. El objetivo imposible es conseguir que las facciones hagan mutuamente suyos los intereses de las otras, pues todos ellos se apoyan en sólidos argumentos.

Y acercándonos al otro emblemático elemento de la sociedad civil, las ONG, hemos de recordar las diferencias que entre ellas existen y que van a obligar al Estado a diferenciar cuando se encuentra con ellas contaminadas o en estado puro. Como afirmó P. J. Simmons, *el desafío real que presentan las ONG es comprender cómo hay que incorporarlas en el sistema internacional, teniendo en cuenta su diversidad, sus ámbitos de actuación, sus fuerzas, sus puntos fuertes y débiles y su capacidad tanto para crear como para alterar* (101). Porque están ahí, no se las puede ignorar. El Secretario General de Naciones Unidas ha dicho al respecto: *Hoy día los asuntos mundiales ya no son jurisdicción exclusiva de los ministerios de relaciones exteriores; tampoco son los Estados la única fuente de la que emanan las soluciones para los múltiples problemas de nuestro pequeño planeta. Muchos actores no estatales, de diversa índole y de creciente influencia, se han sumado a las autoridades nacionales para idear nuevas formas de gestionar los asuntos públicos mundiales. Cuanto más complejo el problema que se enfrenta –se trate de negociar una prohibición de las minas terrestres, fijar límites a las emisiones que*

(99) C. W. JENKS, «Multinational entities in the law of nations», *Essays Jessup*, London-NY, 1972, pp. 70 y ss.

(100) A. KOLK, «Multinacional enterprise and international climate policy», en: Bas ARTS, Math NOORTMANN y Bob REINALDA, eds., *Non-State Actors in International Relations*, ob. cit., p. 211.

(101) P. J. SIMMONS, «Learning to live with NGOs», en *77 Foreign Policy* 1998, número 112, pp. 82 y 83.

contribuyen al recalentamiento del planeta o crear una Corte Penal internacional— más probabilidades habrá de encontrar organizaciones no gubernamentales, instituciones del sector privado y organismos multilaterales que colaboran con los Estados soberanos para encontrar soluciones de consenso. L. Pérez-Prat llama la atención sobre el manido argumento de la falta de legitimidad de los actores no estatales para regular el fenómeno transnacional y advierte que tal argumento debe valorarse teniendo en cuenta la idoneidad que los sujetos cuestionados ponen de manifiesto en la realización de semejante labor (102).

Traigo finalmente también a mi discurso dos datos más. Uno, se reivindica el irrenunciable papel del poder público como factor de redistribución de la riqueza y como garante de una serie de derechos sociales que no pueden ser asegurados por el juego libre de las fuerzas del mercado (103). Podría hacerse, porqué no, extensiva la afirmación del papel de garante del Estado más allá de los derechos sociales. Dos, como pone de relieve la evolución del arbitraje comercial internacional (104), necesariamente no ha de existir una relación de competencia entre el Estado y la sociedad civil; muy al contrario, la relación puede adquirir tintes de complementariedad y/o necesidad. En este sentido, se ha afirmado que si analizamos las funciones que cumple el Estado, que tiene atribuidas y que debería seguir desplegando, advertiremos lo imprescindible de su presencia mientras ningún otro constructo político sea diseñado como sustitutivo y se muestre capaz de ejercerlas (105). Desde esa perspectiva se percibe muy claramente la falta de representatividad de las organizaciones no gubernamentales, su carácter no democrático. El Estado y, en su caso, el escaso sistema institucional internacional están llamados a ser árbitro y guardián (106).

(102) L. PÉREZ-PRAT DURBÁN, *Sociedad Civil y...*, *ob. cit.*, p. 417.

(103) Véase L. HINOJOSA MARTÍNEZ, *Comercio Justo y Derechos Sociales*, Madrid, 2002, pp. 17 y 18.

(104) Véase J. DÍEZ-HOCHLEITNER and J. REMON, *Dispute Resolution Systems and Global Markets: Why Arbitration?*, en: V. Pérez Díaz (eds.)..., en prensa.

(105) L. PÉREZ-PRAT DURBÁN, *La Provincia del Derecho...*, *ob. cit.*, p. 117.

(106) Véase B. STERN, «How to Regulate Globalization?», en M. BYERS, *The Role of Law in International Politics*, p. 267.

