



# ESTRUCTURA AXIOLÓGICA EN EL NUEVO ORDEN TRANSNACIONAL ECONÓMICO, CON ESPECIAL REFERENCIA AL CASO ARGENTINO ANTE EL CIADI

MARTÍN FACUNDO REARTE<sup>1</sup>  
UNIVERSIDAD NACIONAL DE CUYO

## INTRODUCCIÓN

**E**l análisis axiológico de las demandas y procesos arbitrales iniciados por inversores extranjeros contra distintos Estados - especialmente periféricos y específicamente el argentino- ante distintos tribunales internacionales permite una serie de reflexiones en torno a los valores involucrados. No sólo con respecto a la incorporación histórica, en el mundo *del ser*, del fenómeno arbitral internacional, a través de nuevas instituciones como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI); sino desde las relaciones entre los distintos valores en juego en los procesos arbitrales en el mundo del *deber ser*<sup>2</sup>. **Integrar los valores al objeto de la ciencia jurídica** implica una tarea de conoci-

---

<sup>1</sup> Abogado. Doctorando en la carrera de Derecho, mención en Derecho Internacional, Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, Argentina. Estudios de posgrado en la Universidad Nacional de Buenos Aires, Freie Universität de Berlin y The Hague Academy of International Law, entre otros. Profesor Cátedra Derecho Internacional Público, Universidad Nacional de Cuyo. Investigador Becario CONICET Argentina (Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas) desde 2006. reartemartin@conicet.gov.ar

<sup>2</sup> Convenio de Washington sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, entró en vigor el 14-10-1966. La República Argentina firmó el Convenio el 21-03-1991, lo ratificó mediante ley 24.353, y depositó el instrumento de ratificación el 9-10-1994, entrando en vigencia el 18-11-1994.

miento y valoración de hechos y normas, en función de distintos valores integrados en un complejo axiológico. Desde los modelos teóricos *integrativistas*, la cuestión de los valores se concibe como una cuestión *jurídica*, por lo que será la ciencia jurídica la encargada de conocerla<sup>3</sup>.

## 1. EL NUEVO ORDEN TRANSNACIONAL DE REPARTOS: DEL ESTADO A LOS TRIBUNALES ARBITRALES

Si observamos la relación de las conductas desarrolladas tanto por parte de los Estados como por parte de los tribunales arbitrales internacionales en materia de *inversiones*, advertimos que no se hallan normalmente en forma incoherente, sino que constituyen distintos “órdenes de repartos”<sup>4</sup>. A su vez, éstos se relacionan en forma valiosa ya sea con un micro-orden interno o regional, o con el macro-orden externo, presentando relaciones intra e inter-ordinales, *verticales y horizontales*. Por un lado, los repartos originados en la decisión de una autoridad -Estatad- se organizan de manera vertical “desde arriba”, ensamblados en función de un *plan* elaborado por supremos repartidores según determinados criterios. Estos repartos presentados en forma armónica constituyen un orden *vertical*, cuyo papel de suprema autoridad ha sido asumido en la historia moderna por los Estados, y cuyo plan de gobierno *general y nacional* se impone regularmente fuera del acuerdo, la espontaneidad o la solidaridad.

---

<sup>3</sup> Sobre la concepción *integrativista* del mundo jurídico puede verse Miguel REALE, *Tridimensional del Derecho* (1 ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1997); Werner GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho* (6 ed., De Palma, Buenos Aires, 1996); Miguel Ángel CIURO CALDANI, *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica* (1 ed., Fundación para las investigaciones jurídicas, Rosario, 2000). Otros aportes que la contemplan pueden verse en N. BOBBIO, *Teoría General del Derecho*, 33 (1 ed., Debate, Madrid, 1993). El autor habla de la justicia, eficacia y validez de las normas, como tres cuestiones independientes; R. POUND, *An Introduction of the Philosophy of Law*, (Yale University Press/Oxford University Press, London 1994). El autor habla de superar las escuelas *Analytical Jurisprudence*, *Ethical Jurisprudence* y *Theories of Justice*; G. DEL VECCHIO, *Filosofía del Derecho*, 279 (9 ed., Bosch, Barcelona, 1969). El autor habla de las perspectivas gnoseológica, fenomenológica y deontológica. Sin embargo, los últimos han sido caracterizados por Reale como “tridimensionalismos genéricos y abstractos”, referidos únicamente a la distribución de áreas de investigaciones.

<sup>4</sup> Sobre la noción de “reparto” en el marco de las teorías *integrativistas* puede verse Werner GOLDSCHMIDT, *Introducción...*, 17-18; Miguel Ángel CIURO CALDANI, *La conjetura...*, 10-11. En este apartado utilizaremos en general a las categorías elaboradas por estos autores.

En todo grupo humano existe un *plan* elaborado por la autoridad, que determina en primer lugar quién detenta el mando supremo de la comunidad, y en base a qué criterios adjudicará potencias e impotencias esa autoridad. En forma paralela, los repartos originados en el acuerdo de partes -contratos o tratados internacionales- se organizan de forma horizontal, basados en la calidad de sus razones.

Desde mediados del siglo pasado, distintos actores han asumido también el papel de supremos repartidores, cuyo plan de gobierno *general e internacional* se halla en distintos instrumentos positivos. Tanto los actores como sus instrumentos jurídicos, ensamblados en un **macro-orden internacional**, lejos de pretender constituirse en un macro-orden de *integración*, siguen en un primer momento una estructura **horizontal** dada por la *ejemplaridad* de la costumbre comercial, la jurisprudencia y la *autonomía* de los tratados<sup>5</sup>. Así, el repartidor autónomo -contratantes- y para-autónomo -arbitral- cree encontrar un orden basado en la ejemplaridad de repartos pasados semejantes, y basado en sus mismas razones, articula un orden apoyado en la semejanza para de esta forma realizar el valor *solidaridad*. Este nuevo macro-orden, que en un primer momento conceptual se asienta discursivamente dentro del **paradigma internacionalista**, producto del acuerdo *entre naciones*; luego adopta en su faceta comercial y financiera un posicionamiento dentro de un **modelo transnacionalista**, operando *más allá* de las naciones<sup>6</sup>. Cada uno de estos modelos o pa-

---

<sup>5</sup> Sobre la concepción autonomista y transnacionalista de la “nueva *lex mercatoria*” puede verse Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, *International Commercial Arbitration*, 1443-1444 (1 ed., Kluwer Law International, The Hague, 1999); Berthold GOLDMAN, *Frontières du droit et lex mercatoria*, IX *Archives de philosophie du droit*, 177-192, 177 (1964); *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives*, 106 *Journal Droit International*, 475 (1979); Emmanuel GAILLARD, *Thirty Years of Lex Mercatoria: Towards the Selective Application of Transnational Rules*, 10 *ICSID Review*, 208-231, 208 (1995); *Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making?*, *Kluwer Law International*, 59-71 (1999); F. DASSER, *Internationale Schiedsgerichte und Lex Mercatoria*, *Rechtsvergleichender Beitrag zur Diskussion über ein nichtstaatliches Handelsrecht*, 40 (Freie Universität, Berlin, 1989), la mayor parte de ellos exponentes de la llamada Escuela de Dijon, creada por Berthold Goldman, y desarrollada –entre otros- por Philippe Kahn, Philippe Fouchard y Eric Loquin. Otros autores, como Clive M. SCHMITTHOFF, *Select Essays on International Trade Law* (M. Nijhoff, Graham & Trotman, Boston, 1988) defienden el origen *transnacional* del régimen, pero ligado al acuerdo *interestatal* de los Estados. Salvo cuando se indique lo contrario, las traducciones del inglés, francés y alemán corren por cuenta del autor.

<sup>6</sup> Alfredo DE JESÚS, *La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la*

radigmas, como modos de percepción del orden de las cosas en el mundo, justifican el carácter, el contenido y los límites de su orden. Si bien sus contenidos no son únicos ni homogéneos, en términos generales tanto unos como otros funcionan como estructuras organizadas, que se apoyan en un consenso histórico para no ser rechazadas o sustituidas.

El desplazamiento del Estado como supremo repartidor, luego de la aparición de estos nuevos actores internacionales, se cohesiona en un nuevo macroorden transnacional, en un proceso que acompaña al de reformulación del primero<sup>7</sup>. Si bien el proceso actual de desmonopolización estatal de su carácter de repartidor supremo no constituye una novedad histórica, sí se ha visto acelerado a partir de mediados del siglo pasado a través de elementos tanto normativos como discursivos<sup>8</sup>. Así, la nueva racionalidad desplegada en el macroorden transnacional ya no coincide con la verticalidad estatal clásica, sino con una formulación horizontal apoyada en la costumbre de los actores económicos, los tratados afines y la jurisprudencia de nuevos repartidores para-*autónomos* arbitrales. En este ámbito, la desconfianza en el Estado como ins-

---

constitucionalización del arbitraje en América Latina, en *Estudios de Derecho Privado*, 1-36, 34 (Fabricio Mantilla Espinosa, Carlos Pizarro, Coord., Universidad del Rosario, Bogotá, 2008). El autor entiende que asistimos actualmente a la “conformación natural y espontánea de un tercer orden jurídico anacional o transnacional de las relaciones comerciales internacionales, distinto del orden jurídico estatal y del orden jurídico interestatal”; Ernesto GRUN, Los nuevos sistemas jurídicos del mundo globalizado, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, Nro. 4, 1-13, 3 (2000/2001). El autor critica esta conceptualización: “Se ha caracterizado a la “lex mercatoria” diciendo que en las relaciones comerciales internacionales existen reglas consuetudinarias internacionales, la lex mercatoria o **derecho a-nacional o tercer derecho**”; J. ACUÑA EVANS, Del Derecho Internacional Público a un Derecho Transnacional: una aproximación histórica, *I Rev. Centro de Investigaciones, Maturín*, Nro. 1, 105-133, 123 (2005). El autor caracteriza críticamente al modelo anterior como un nuevo orden producto de la introducción de “actores transnacionales con capacidad para la generación de reglas (régimen), por sobre la mayoría de los Estados, por lo que el Derecho no tiene raíz internacional (entre naciones) o supranacional (por sobre las naciones) **sino transnacional** (más allá de las naciones)”.

<sup>7</sup> Harold LASKY, *El Estado Moderno*, II, 46-50 (1 ed., Bosch, Barcelona, 1982); H. KELSEN, *¿Qué es la justicia?* 277 (Ed. Martins Fontes, San Pablo, 1977). Para el autor, el Estado es el orden jurídico imaginado como persona, es decir, se trata de la personificación de la unidad del orden jurídico. Así, las personas que crean el Derecho son órganos del orden jurídico o, lo que es lo mismo, órganos del Estado. La identificación entre Estado y Derecho es la expresión de la lucha por la realización completa, consecuente y libre del Estado de derecho.

<sup>8</sup> Harold LASKY, op. cit., 46. El autor menciona los cuestionamientos históricos al papel del Estado como supremo repartidor, desde “las leyes” de Platón hasta Kelsen.

trumento eficaz para repartir las actividades necesarias para el desarrollo de un país, asimila que muchas de sus actividades serían más apropiadamente desempeñadas por otros actores, en forma *horizontal*, tanto en el orden nacional como fuera de él. Si bien en el primer caso el peso de los repartidores estatales oscila históricamente, en el segundo el orden distribuido permite un peso relativo mayor por parte de ciertos actores internacionales<sup>9</sup>. Junto a su consolidación *horizontal*, el incipiente “macro-orden transnacional” lo hace en forma *vertical*, a través de nuevas adjudicaciones de autoridad ejercidas por sus repartidores para-autónomos: los árbitros.

La intervención del Estado y de los sujetos privados en este proceso político y económico se manifiesta a través de normas, lo que determina que el mercado contemporáneo no solo se politiza sino que también se *juridifica*, aumentando el ámbito de aplicación del Derecho Internacional<sup>10</sup>. A su vez, cuando el mercado crea sus propios mecanismos autoritarios de reparto, también se *judicializa*, constituyendo un **nuevo orden de repartos, tan vertical en algunos casos como el estatocéntrico**. Este nuevo orden vertical produce un debilitamiento del modelo teórico jurídico estatal, y de su carácter como supremo repartidor, ya sea en su faz externa -“soberanía”- como interna -“potestas”-, en base a un nuevo *plan de gobierno* que pretende individualizar tanto un nuevo repartidor como nuevos criterios de reparto.

## 2. ESTRUCTURA SOCIOLÓGICA DEL NUEVO MACRO-ORDEN ECONÓMICO

El nuevo orden de repartos para-estatal se consolida, como observamos, en forma *vertical* producto en parte de los procesos de *juridificación* y *judicialización*. Paralelamente, el mismo orden busca institucionalizarse adoptando la forma *horizontal*, **basado en la ejemplaridad**. Es decir, basado en la calidad del reparto y la calidad de sus razones y fundamentos, que lo conviertan en “ejemplar” para los demás. A diferencia de la autoridad, la ejemplaridad se

---

<sup>9</sup> Harold REICH, *Mercado y Derecho*, 27-30 (1 ed., Ariel Derecho, Barcelona, 1985).

<sup>10</sup> Donald MAC RAE, *The Contribution of International Trade Law to the Development of International Law*, *Canadian Council of International Law*, 109-237, 216 (1997). El autor se refiere a la ampliación del campo de acción del Derecho internacional, sobre todo en materia comercial o económica.

lleva a cabo de acuerdo con el esquema *modelo-seguimiento*, por el que el reparto fundado se considera un modelo a seguir en las nuevas adjudicaciones, realizando horizontalmente un orden donde los semejantes desplazan de a poco a aquellos que no lo son<sup>11</sup>. Este proceso de formación *horizontal* es espontáneo, por lo que el conjunto de repartos nacidos de la ejemplaridad se identifica en primer lugar con el **Derecho comercial consuetudinario**, ya sea complementario o reemplazante de las normas autoritarias. Luego, con el fenómeno de internacionalización y transnacionalización del Derecho comercial y relativo a inversiones, se identifica con lo que la doctrina denomina nuevo ***Derecho Internacional económico, comercial o nueva lex mercatoria***.

Como Derecho informal, este nuevo macro-orden se observa hoy positivamente en la repetición de cláusulas contractuales tipo, la consolidación de modelos de tratados y la utilización del arbitraje internacional en la solución de sus conflictos; entre otros esfuerzos de armonización de las prácticas *horizontales*<sup>12</sup>. Se trata de una arquitectura jurídica y conceptual al servicio de nuevas relaciones económicas entre actores que interactúan fuera del esquema estatal clásico. Su matriz disciplinal ha adoptado diversos nombres en doctrina a lo largo de su historia. Del *contrato sin ley o autosuficiente* -basado en sí mismo, sin fundamento en ningún otro Derecho objetivo-, pasando por las teorías del *contrato internacional*, la nueva *lex mercatoria* surge como una reformulación “menos extrema” a las ideas desestatizadoras de sus predecesoras<sup>13</sup>. Así,

---

<sup>11</sup> Miguel Ángel CIURO CALDANI, op. Cit. pp. 61-63.

<sup>12</sup> Francisco LÓPEZ RUIZ, *Notas sobre la nueva lex mercatoria*, en *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, Universidad de Alicante, 1-2007, 1-2 (2007). El autor expresa: “La *lex mercatoria* es el nombre usado para identificar a un conjunto normativo disperso, con carácter supranacional, que goza de un alto grado de autonomía respecto a los ordenamientos jurídicos estatales, y que constituye un grupo de reglas adecuadas para la regulación de las relaciones económicas internacionales, especialmente de los contratos internacionales, a los que se puede aplicar directamente en lugar de las disposiciones de los ordenamientos nacionales”.

<sup>13</sup> Antonio BOGGIANO, *Derecho Internacional y Derecho de las Relaciones entre los Ordenamientos Jurídicos. Ius inter Iura*, 141 (1 ed. La Ley, Buenos Aires, 1997); Emmanuel GAILLARD, *La Jurisprudence du CIRDI*, 155 (1 ed., Editions A. Pedone, Paris, 2004). El último autor menciona el laudo *AMCO Asia Corporation y otros c. La República de Indonesia* (ICSID ARB/81/1) decisión sobre competencia del 25 septiembre de 1983, como el primero en actualizar estas teorías y marcar el punto de partida para la consolidación del nuevo orden *horizontal*. El autor agrega que las partes ya no argumentan que ellas se “habían sustraído por su propia voluntad de toda ley estatal” y recurrieron en su lugar a una argumenta-

nace un “nuevo Derecho Internacional económico, que comprende el establecimiento de las personas y sus inversiones, el comercio internacional de los bienes y de los servicios así como el financiamiento de tales actividades”<sup>14</sup>.

Las **reglas o estándares del nuevo modelo** fueron identificadas y catalogadas como un nuevo orden jurídico -o bien un orden que *cumple esa función-* basado en la *ejemplaridad*, a mediados de 1960<sup>15</sup>. En ellas se incluyeron normas, principios y procedimientos que regulaban e incidían en los comportamientos de los actores del comercio transnacional, y que no encajaban en el modelo teórico *dualista* estatal-interestatal<sup>16</sup>. Incluso la doctrina cita laudos y fallos anteriores, que apuntaban la necesidad de un “cuerpo estable de principios jurídicos utilizables para la interpretación de instrumentos comerciales modernos y que decida, en forma conjunta con las partes, sobre lo que conviene aplicar a la especie”<sup>17</sup>. En ellos, los repartidores arbitrales se limitaban a aplicar

---

ción menos polémica: “la relación será regida únicamente por los principios generales del derecho, el derecho internacional y las disposiciones de la **lex mercatoria**”.

<sup>14</sup> Charles LEBEN, *L'évolution du droit international des investissements: un rapide survol*, 9-21, 12, en *Les contentieux arbitral transnational relatif a l'investissement* (Charles Leben, Dir., Bibliothèque de l'Institut des Hautes Études Internationales de Paris, Anthemis, 2006). El autor habla de la aparición de una nueva forma de contratos de inversión (o contrat d'Etat) entre una parte privada y otra estatal, caracterizados por cláusulas compromisorias arbitrales y de electio juris con referencia al Derecho Internacional y al estatal “estabilizado”. En ellos se excluye la posibilidad de recurrir a las prerrogativas estatales para alterar el acuerdo y evitar toda responsabilidad contractual por ello.

<sup>15</sup> Berthold GOLDMAN, op. Cit. pp. 487-499. Para la Escuela de Dijon, el nuevo Derecho Internacional Económico se configura como un orden espontáneo y **autónomo**, creado por las prácticas de los propios actores transnacionales o *societas mercatorum* para evitar al injerencia estatal, identificando su fuente formal en los usos comerciales, contratos tipo y condiciones generales elaborados por las asociaciones profesionales y organismos internacionales, más la jurisprudencia arbitral y los principios generales entendidos como fuente subsidiaria. Su fundamento: el *principio de efectividad* del orden creado por la *societas mercatorum*.

<sup>16</sup> Donald MAC RAE, op. cit., 111-115. El autor expone sobre la ausencia del *International Economic Law* de los dominios del Derecho Internacional, desde principios de la década de 1960 (reflejado en los trabajos clásicos de Bishop, Brownlie o Rousseau), hasta su **incorporación gradual desde entonces hasta la década de 1980** (con el trabajo de Carreau y Juillard), donde el contenido técnico de los tratados comerciales internacionales interesó a los juristas, a la par del mayor desenvolvimiento de los Estados en el comercio. En este sentido, el autor expone sobre el paso del Derecho Internacional clásico, diseñado con el objetivo de preservar el territorio y la independencia de otros Estados “enemigos”, al actual, interesado en el intercambio y las actividades económicas globales.

<sup>17</sup> Berthold GOLDMAN, op. cit. pg. 184.

reglas que consideraban “presumidas” en los *contratos internacionales*, aunque sin teorizar sobre su naturaleza y con la característica “zona de penumbras” que permite la “textura abierta” del lenguaje normativo, en términos *hartianos*. Con el tiempo, la doctrina se ocupó de la tarea, expresando que sus reglas derivaban de las “prácticas comunes de las naciones civilizadas”, conformando lo que inicialmente se denominó “un **moderno Derecho natural**”; y que treinta años después fue definido como el “derecho vivo y efectivo del comercio internacional”, producto de la “marcha global de la economía, de la eclosión de los espacios económicos nacionales y la aspiración de reglas uniformes”<sup>18</sup>.

Como observamos, el nuevo modelo teórico se presenta ante la necesidad de estructurar un orden jurídico *diferente*, aplicable a una realidad *diferente*. Con este fin, la **horizontalidad original consuetudinaria da paso a la convencional -materializada en nuevos instrumentos internacionales- y a una nueva verticalidad -de nuevas instituciones internacionales-**. Con las “leyes modelo” como hito inicial, y las convenciones internacionales de Nueva York de 1958 -en materia comercial- y Washington de 1965 -relativa a inversiones-, se avanza hacia la **institucionalización vertical de un orden nacido horizontalmente**<sup>19</sup>. Ahora sí, operado por repartidores internacionales para-autónomos, independientes de todo orden estatal, individualizados en la figura del árbitro y en su producto: el laudo. La matriz teórica avanza sobre el clásico modelo estatocéntrico con una idea detrás de la **regla principal: todo es arbitrable**. Aún ante las restricciones de áreas y tipos contractuales que aún subsisten, “las jurisdicciones hoy aceptan que donde las partes han acordado resolver sus disputas por medio del arbitraje, no hay una buena razón legal o policial para reservar áreas para las cortes”<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Eric LOQUIN, *Ou est la lex mercatoria?*, en *Souveraineté Étatique et Marches Internationaux*, 23-51, 51 (Libraires Techniques, Paris, 1998).

<sup>19</sup> *Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras*, abierta a la firma el 10-06-1958, ha sido ratificada por 128 países. La República Argentina la ratificó mediante Ley 23.619 del 28-09-1988; Charles LEBEN, *L'évolution...*, 13. Para el autor, ambas convenciones constituyen la piedra fundamental para las relaciones económicas internacionales, una en materia *comercial* entre particulares, y la otra en materia de *inversiones* entre particulares y Estados.

<sup>20</sup> Julian LEW, *Achieving the dream: autonomous arbitration*, 22 *Arbitration International*, *Journal of The London Court of International Arbitration*, Nro. 2, 177-204, 193-194

Esta **caracterización vertical** del nuevo orden paralelo al estatal, ha sido y es materia de **discusión doctrinaria**. Se pone acento en el origen liberal pacifista y *anacional* del modelo teórico y de sus reglas, continuando con el debate sobre si la elaboración jurídica es facultad estatal o si deviene de la “autoridad de la sociedad”. Para los *transnacionalistas* el nuevo orden **surge horizontalmente** como alternativa al *verticalismo* estatal, sobre todo en la elección “voluntaria” del Derecho nacional para ser aplicado a la solución de los litigios<sup>21</sup>. Luego, es tenido en cuenta por los repartidores arbitrales ante la falta de elección de derecho aplicable por las partes, o bien ante carencia de reglas o lagunas normativas. Por ello es que en sus orígenes, como todos sus precedentes referidos al comercio y sobre todo internacional, fue caracterizada como un orden que actuaba en las “fronteras del Derecho”, como producto de prácticas espontáneas y repetidas. Esta carencia primaria de organización orgánica privó al modelo teórico por mucho tiempo del carácter “jurídico”, relegándolo “fuera de los dominios del Derecho”<sup>22</sup>.

Con la consolidación **de las primeras sociedades transnacionales y organismos internacionales** a mediados del siglo XX, el paradigma comienza a tomar lentamente forma orgánica, rigiendo la solución de sus fenómenos por los estatutos y tratados que daban origen a aquellos actores internacionales. Finalmente, el fenómeno deja de recurrir regularmente a los “principios generales” y a las “reglas del uso” *horizontal* para llenar eventuales lagunas, para **conformar lentamente un orden jurídico** -o un orden alternativo que “cumple esa función”- *vertical*, y para-estatal. Con fuentes formales propias -

---

(2006).

<sup>21</sup> Alfredo DE JESÚS, op. cit., 14. El autor afirma: “Al referirnos a la naturaleza voluntarista del arbitraje comercial internacional, afirmamos que su régimen se fundamenta y se estructura en función de la voluntad de los operadores del comercio internacional. Voluntad que, por la evolución de una economía internacional a una economía globalizada, por la transformación del espacio internacional, transfronterizo, en un espacio global, afronterizo, y por el debilitamiento de la autoridad, el poder y el derecho del Estado, desbordado en materia de regulación económica por la globalización, se ha convertido en un poderoso vector del derecho global de las relaciones comerciales internacionales”. El autor cita Eric Loquin, *La volonté des opérateurs vecteur d’un droit mondialisé*, en *La mondialisation du droit*, 91 (Eric Loquin, Catherine Kessedjian, Dir., Litec, Paris, 2000); Philippe Fouchard, *L’arbitrage et la mondialisation de la économie*, in *Écrits, Droit de l’arbitrage*, 471 (*Droit du commerce international*, Comité français de l’arbitrage, Paris, 2007).

<sup>22</sup> Berthold GOLDMAN, op. cit. pg. 178.

contratos estandarizados, modelos de tratados- e instituciones de aplicación amparadas en la figura del repartidor arbitral, que opera en un “espacio transnacional” que excede al de los clásicos territorios nacionales, y en función de una “población transnacional”<sup>23</sup>.

Del mismo modo, la **caracterización horizontal** del nuevo orden, con base exclusiva en la *ejemplaridad*, ha sido y es objeto de **discusión doctrinaria**. Así, encontramos posturas *institucionalistas* que apuntan al fenómeno como una “teoría que busca **sustituir a la concepción piramidal** del Derecho de inspiración *kelseniana*; **por un modelo concurrente** fundado en la noción relativa de la jurisdicción, y la pluralidad de órdenes jurídicos”<sup>24</sup>. El debate doctrinario en principio se enfocó en la existencia misma de reglas distintas a aquellas fundadas en un sistema legal determinado, con el potencial de ser seleccionado por las partes y árbitros. Luego, transitó por la caracterización de esas reglas transnacionales, es decir, si ellas constituían un verdadero “orden jurídico”, como reglas preexistentes, precisas y conocidas o conocibles, o si se limitaban a *ejemplos o costumbres* a seguir que solamente “cumplían esa función”. En ese sentido, se introducen en la discusión términos indicativos como “rules of law”, “transnational law”, “usage du commerce international” o “reglas o principios generales del derecho comercial internacional”<sup>25</sup>. Sin embargo, estas expresiones no hacían otra cosa que **enfaticar el origen de las reglas**, en los distintos órdenes nacionales, o en la costumbre internacional; más que su aludir a su existencia como ley o norma *vertical*. Al mismo tiempo, **ponía de manifiesto la horizontalidad del modelo**, como producto de la con-

---

<sup>23</sup> Francisco LÓPEZ RUIZ, op. cit. 2-3. El autor expresa, con cita a J.R. Capella, *Fruta prohibida*, 260 (Trotta, Madrid, 1997): “El espacio transnacional es el **espacio globalizado exento de límites fronterizos** configurado por ese *soberano privado supraestatal difuso*, como expresa Capella. Sin embargo, como es obvio, el espacio transnacional presupone la necesaria existencia del espacio nacional que es trascendido o desbordado por el primero. Análogamente a lo que sucede con el espacio transnacional ocurre con la “población transnacional”. En este último caso, el paisaje está poblado de personas jurídicas, esto es, de empresas transnacionales” (...) No obstante, no pudiendo prescindir de los Estados, reclama si no, la autodeterminación, sí la **autonomía normativa** y ésta se expresa a través de un *Derecho transnacional* cuyo exponente más relevante es la *lex mercatoria* con sus correspondientes órganos de adjudicación que son los tribunales arbitrales”.

<sup>24</sup> Emmanuel GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, 22 (1 ed., Académie de Droit International-ADI-Poche, Leiden-Boston, 2008)

<sup>25</sup> Emmanuel GAILLARD, op. cit. pg. 59; *Thirty Years...*, 210.

vergencia o ejemplaridad de las soluciones adoptadas, más allá de su “autoridad de ley”.

De esta forma, el nuevo lenguaje científico logra sortear parte de sus críticas, presentándose como un **orden horizontal de origen transnacional**, nutrido de la práctica o la costumbre comercial internacional; alejando a su vez el debate sobre su integración o ensamble como un verdadero **orden jurídico vertical**. Aunque su caracterización no escapa a nuevos cuestionamientos, esta vez relacionados con el papel *sociológico* de los órdenes estatales en su formación, o la fundamentación *valorativa* de su fuerza<sup>26</sup>. Más allá de las observaciones formales, materiales y valorativas, o mejor del juego de todas ellas, el lenguaje transnacional pretende sortearlas enfatizando las fortalezas del nuevo paradigma jurídico. Constituido por las reglas que el mundo comercial y relativo a inversiones de hoy necesita, lejos de la *verticalidad* de los distintos órdenes nacionales considerados en forma aislada, y a la vez nutrido de la *horizontalidad* de su convergencia.

Como producto del juego de sus formas, el modelo transnacional se integra tanto de **fuentes horizontales** -contratos y tratados tipos, como los de *promoción y protección de inversiones*- como **verticales** -preferentemente de la jurisprudencia arbitral-<sup>27</sup>. Estas fuentes adquieren su jerarquía en función de las fuerzas que desarrollan, dentro de un marco conceptual determinado, y en la realidad social de un momento histórico. Así, la potenciación de las primeras responde a la **fuerza del modelo horizontal en la actualidad**, como consecuencia del tráfico de bienes y capitales a nivel transnacional. Este proceso se apoya a su vez en un fuerte **componente discursivo, que plasma en la fuente horizontal las fortalezas** prácticas de la *lex mercatoria*<sup>28</sup>. En este sentido, la

---

<sup>26</sup> M. MUSTILL, *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years*, 4 *Arbitration International*, 86 (1988), junto con Lagarde, SCHMITTHOFF, aportan matices y disidencias al modelo de Dijon. Para los autores, se trata de “principios comunes de las leyes” relacionados con el mercado internacional, o “reglas uniformes” **aceptadas por los Estados**, un derecho material especial y uniforme con el fin de evitar el sistema *conflictual* de resolución inter estatal privada, pero que debe sus fuentes formales a convenciones o leyes modelo con fuerte reconocimiento y participación estatal.

<sup>27</sup> Klaus BERGER, *The Creeping Codification of Lex Mercatoria*, 11 (Dordrecht: Kluwer Law International, 1998).

<sup>28</sup> Francisco LÓPEZ RUIZ, op. cit. 7. El autor se refiere al pluralismo institucional de Santi Romano, en El ordenamiento jurídico, y a las organizaciones autopoiéticas de G. Teu-

*horizontalidad* del nuevo modelo “lleva consigo la definición de doctrinas que, a través del tiempo, por Derecho consuetudinario, se convierten formalmente el regímenes de relacionamiento”, cuya esencia “revela el grado de transnacionalización presente en el inter-relacionamiento mundial”<sup>29</sup>.

Del mismo modo, el **apogeo de las fuentes verticales de los nuevos repartidores acompaña** este proceso, tomando mayor protagonismo en los momentos históricos de retirada o contracción estatal, o bien de contestación o enfrentamiento. En ambos, la **fuerza de las fuentes verticales también se apoya en el discurso**, que pone en dudas el lugar del Estado moderno como ámbito suficiente para el desarrollo económico; por lo que propicia un nuevo orden dinámico que sustituya su *poder* de reparto. Como observamos, el terreno ganado por cada una de estas fuentes se debe en gran parte al nuevo lenguaje científico transnacionalista, apuntado tanto a las fortalezas prácticas del nuevo modelo como a las debilidades de los anteriores<sup>30</sup>. Desde distintas construccio-

---

ber en El Derecho como sujeto epistémico: Hacia una epistemología constructivista del Derecho. Para el primero la *lex mercatoria* “implica una **construcción sociológica y pluralista del concepto de Derecho**”. Donde la idea de Derecho se pone en relación al concepto de sociedad y de orden social “excluyendo así cualquier elemento que pueda relacionarse con la arbitrariedad o con la fuerza material, esto es con la fuerza no ordenada”. Para el segundo, el Derecho se expone como un proceso de auto-organización autónomo que fija sus límites, lo caracteriza como “un sistema social autopoietico, esto es, como una **red de operaciones** elementales que recursivamente reproducen operaciones elementales. Los elementos básicos de este sistema son comunicaciones no normas”.

<sup>29</sup> J. ACUÑA EVANS, op. cit., 132. el autor agrega: “la puesta en práctica de algunas doctrinas, cuya esencia desplaza los cánones clásicos y tradicionales del Derecho Internacional Público, revela el grado de transnacionalización presente en el inter relacionamiento mundial”.

<sup>30</sup> Las fortalezas apuntan tanto a la “práctica” de los actores transnacionales -presentando al nuevo orden como un **intento de estabilización** que dice no tener el Derecho interno de los Estados- como a la “eficiencia” del nuevo paradigma como **motor del progreso económico** -a diferencia del propiciado en el ámbito estatal-. En el primer caso, su formación es fruto de la articulación del discurso por parte de los actores involucrados en el reparto, y sobre todo de los mismos repartidores. Así, sobre los tribunales y el arbitraje internacional en general se forma un **escudo doctrinal** -o “cinturón protector”-, armado por los mismos actores intervinientes, en base al impulso de sus propios postulados ideológicos, quienes luego buscan ser **recipiendarios beneficiarios del reparto por ellos mismos realizado**. Los mismos operadores y defensores del modelo que hacen referencia a la práctica comercial y al progreso económico como base de *legitimidad* del orden horizontal, encuentran la *legalidad* del orden vertical en la normativa que ellos sancionan, y *valoran* su propio accionar. Si bien ello no obsta al reconocimiento de ciertos contenidos plausibles, en tanto **articulación teórica de los mismos repartidores y recipiendarios**, las conclusiones *valorativas* en torno al desarrollo o progreso propiciado por el nuevo paradigma no podrían ser consideradas en

nes discursivas, la nueva matriz disciplinal legitima distintas fuerzas y aporta al debilitamiento de otras dentro del medio social donde opera.

### 3. ESTRUCTURA AXIOLÓGICA DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN EL NUEVO MACRO-ORDEN: LOS VALORES RELATIVOS PREVISIBILIDAD Y SOLIDARIDAD

Dentro de la dimensión axiológica del mundo jurídico, el valor relativo *previsibilidad* nos remite a la **idea de conducción propia del reparto vertical e institucional, fundado en el poder**, ya sea de origen *constitucional* -públicos nacionales- o *económico* -privados-. En principio, estos repartos podrían ser indiciarios de *injusticia* como *valencia*, dado que el *poder* constituye siempre una intromisión en la esfera de libertad de los beneficiarios<sup>31</sup>. Sin embargo, podría darse el caso de un empleo de coacción *justa* como *valoración*, o *justificada* como *orientación*, en caso de favorecer la situación de los beneficiarios gravados en una situación determinada. Es decir, el reparto autoritario se presume *injustificado*, pero luego puede probarse que el mismo obedece a la realización de un resultado valioso.

Desde una **función positiva**, la **valoración de la previsibilidad** puede realizarse sobre todos los componentes de la estructura del reparto aislado. Para el modelo teórico estatocéntrico, el repartidor nacional se presenta **no como autoritario sino como infra-autónomo**, es decir, producto de un acuerdo deficiente e *in abstracto* que no representa a la totalidad de beneficiarios, sino a “una porción” de ellos o a la “mayoría”. Por su parte, el repartidor arbitral actúa **como para-autónomo**, con *poder* para imponer su decisión por autoridad pero designado mediante el acuerdo previo de los interesados. En cada uno de estos casos los repartidores fundan su *poder* en diversos aspectos. Dentro del

---

términos objetivos.

<sup>31</sup> Werner GOLDSCHMIDT, *op. Cit.* pp. 121-128, 150, 439. Para el autor, el valor supremo *justicia* actúa desde su posición de *valencia* -como *deber ser ideal*, puro e independiente de cualquier aplicación en el material estimativo-; *valoración* -como *deber ser aplicado*, ante el material estimativo de la realidad material, psíquica o ideal, ya sean adjudicaciones, repartos o distribuciones- o de *orientación* -como *criterio general* de valor, inducido de las diversas valoraciones-. Conforme los tres sentidos, un reparto se consideraría “justo” si satisface esta *valencia* o *valoración*, y “justificado” o legitimado en tanto sea efectuado en vistas del principio supremo de justicia como valor *orientador*.

orden estatal, el infra-autónomo se ampara en su superioridad moral, decidiendo en función de merecimientos por necesidades, por el “bienestar general” o el “bien común”. Por el contrario, dentro del macro-orden internacional, el repartidor para-autónomo se presenta superior a los interesados en el reparto en cuanto a su idoneidad especial, “técnica” o “científica”. La idea de **superioridad moral detrás del repartidor infra-autónomo nacional**, que lo legitima para ser intérprete de las preferencias públicas o del “bien común”, ha sido combatida por diversos modelos teóricos *específicos*<sup>32</sup>. Aún ante las críticas, el modelo estatocéntrico destaca la legitimidad social del repartidor infra-autónomo, otorgada por cada uno de los beneficiarios, quienes están dispuestos a ceder parte de su libertad en pos de la *previsibilidad* del orden de repartos. Los beneficiarios valoran la identificación *ex ante* del repartidor, para la *satisfacción* de la mayor cantidad posible de sus necesidades. Es decir que dentro de los órdenes estatales, el repartidor se legitima en la disminución de libertades que aceptan los miembros de su comunidad, en pos de la **previsibilidad de sus repartos y la satisfacción de la mayor cantidad posible de beneficiarios**. Pero tal legitimación, lejos de cualquier criterio *utilitarista*, se encontrará siempre que el procedimiento para la designación del repartidor y para los repartos se guíe por un criterio *imparcial* o neutro<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> J. BUCHANAN, G. TULLOK, *El cálculo del consentimiento*, 93-96 (1 ed., Planeta Agostini, Buenos Aires, 1994). Los autores rechazan toda posibilidad de comparación intersubjetiva de utilidades y toda concepción orgánica del Estado ligada a la idea de *interés o bien común*, por ser de imposible definición. Para ellos, el Estado no deja de ser una persona jurídica más, con las mismas dificultades de decisión y representación que las demás; y el **repartidor público no deja de ser un hombre maximizador racional de su utilidad individual**, por lo que es imposible que no traslade sus preferencias individuales a las decisiones públicas. El término *bien común*, empleado a veces en forma equivalente a *justicia*, pero indicando una dirección acorde a los intereses de todos los beneficiarios, es entendido como **la suma de bienes indeterminables** e insignificantes en su individualidad para los integrantes de una comunidad, en oposición a un bien considerable de un particular.

<sup>33</sup> John RAWLS, *A Theory of Justice*, 15-20 (1 ed., Cambridge University Press, Cambridge, 1996); Ronald DWORKIN, *Rawls and the Law*, 72 *Fordham L. Rev.*, 1387-1405, 1392 (2003-2004). El autor denomina *veil of ignorance* o velo de ignorancia al procedimiento por el cual los **repartidores asignarán en una “posición original”, antes de saber su posición en el reparto**, “principios de justicia”, una “concepción de legalidad” o un mínimo de garantías a cada uno de los beneficiarios. La idea normativa fuerte de la incertidumbre del repartidor previo al reparto en la “posición original” mediante el *veil of ignorance* no hace otra cosa más que incorporar criterios de *justicia* en su decisión, por lo que agrega **principios sustantivos a su noción procedimentalista del valor**.

Por su parte, la idea de idoneidad especial como legitimante del **repartidor para-autónomo internacional, basada en su superioridad técnica y su imparcialidad e imparcialidad**, también ha sido puesta en duda en la práctica arbitral. En principio, el árbitro reparte con fundamento en la autonomía que lo erigió como tal, y en su superioridad tecnocrática, aunque esto lo hace en forma oscilante, a veces sólo observando méritos económicos, y en otras incorporando consideraciones de merecimientos o necesidades. **Desde el aspecto formal**, el repartidor arbitral materializa su adjudicación por medio de un reparto autoritario, que se presenta legítimo al derivar de un **sistema dialogal**. Por lo que el árbitro se sitúa como un decisor legitimado formalmente por la *autonomía* que lo erigió y por sus conocimientos técnicos, sumado a su presunción de *imparcialidad* y la participación *democrática dialogal* de las partes en la decisión. **Desde el aspecto sustancial**, y a diferencia del repartidor infra-autónomo estatal -que procura la distribución de derechos en base al “bien común”- el árbitro se ocupa de la **asignación de derechos** al titular del mismo, previa audiencia con las partes. Esto, claro, en forma moderada por los fines propios del macro-orden comercial y financiero: superar la controversia para que la relación entre las partes prosiga, morigerando los resultados de las decisiones sin hacer grandes asignaciones. Más allá de estas consideraciones, la *justificación* de su reparto dependerá de la imparcialidad del repartidor arbitral -entendido como mínimo y no cómo máximo-, y de la transparencia procedimental para arribar a su decisión.

La valoración positiva de la **previsibilidad** presenta diferencias con respecto al *objeto, forma y razones expuestas*, en torno a los órdenes verticales y horizontales<sup>34</sup>. Con respecto al **objeto** de los primeros dentro del orden estatal, la potencia o impotencia adjudicada originalmente no es por sí valiosa o disvaliosa, sino en la medida que el reparto concreto permita la realización del valor *justicia*. En el “caso argentino” ante el CIADI, podría decirse en principio que bajo ciertos repartos de la autoridad Estatal -especialmente en la etapa histórica de apertura y liberalización económica de la década de 1990-, determinados efectos podían ser valorados positivamente como *previsibles* para las relacio-

---

<sup>34</sup> Siguiendo la caracterización estructural de los “repartos”: Repartidor, beneficiarios, objeto, forma, razones -móviles, alegadas, atribuidas- alcance.

nes contractuales que involucraban a inversores extranjeros -tarifas en pesos y calculadas en dólares permitían estimar costos y proyectar cuadros tarifarios-. En cambio, ante nuevos repartos autoritarios -con motivo de la crisis estructural de principios de esta década-, aquellos efectos perderían su carácter de *previsibilidad* -tarifas en igual moneda no serían estables ante un tipo de cambio variable-.

Desde una visión de conjunto, la anarquía teleológica del orden estatal provee tanta *imprevisibilidad* como la anarquía institucional del macro-orden transnacional. En relación a la **forma** de los repartos para-autónomos también puede valorarse positivamente su *previsibilidad*. Ellos obedecen inicialmente a un *proceso* que concluye con una ordenanza general o un mandamiento individual, sumada a la amenaza de su aplicación coactiva. Si bien el *proceso* es la forma valiosa del reparto autoritario en el orden estatal y del para-autónomo en el internacional, las reglas *difusas* transnacionales no obligan por lo general a seguir el precedente, por lo menos de forma uniforme. Aunque sí se observa un *seguimiento de facto* -por la hermeticidad de las razones alegadas en los procesos arbitrales-; la falta de uniformidad de precedentes podría llevar a que los fundamentos, *ratio decidendis* o *holding* sean contradictorios para *procesos* originados en idénticos hechos<sup>35</sup>. En definitiva, la falta de un apego irrestricto al precedente atenta contra el valor *previsibilidad* y aumenta el disvalor *litigiosidad*, dado que ante este panorama, el litigio será “preferido” a la negociación por parte de los inversores.

Si bien la hermeticidad de las **razones alegadas** por los repartidores para-autónomos arbitrales podría derivar en repartos valorados positivamente como *previsibles*, otras características de sus argumentaciones podrían atentar contra aquel valor<sup>36</sup>. Así, la presencia de *disensos*, la *reputación* de los repartidores y

---

<sup>35</sup> Werner GOLDSCHMIDT, op. Cit. pg. 57. El autor distingue los móviles de las razones alegadas por parte de los repartidores, las que pueden o no coincidir con las primeras, o constituir “meros pretextos detrás de los cuales se esconden móviles bien diferentes”.

<sup>36</sup> Jürgen HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa*, 33-35 (1 ed., Ed. Taurus, Madrid, 1998). Para el autor, dentro de la “acción comunicativa”, se llama *racional* a aquél que sigue una norma vigente y es capaz de justificar su acción frente a un crítico interpretando una situación dada a la luz de las **expectativas legítimas de comportamiento**. Por lo tanto, la racionalidad puede predicarse de todas aquellas prácticas comunicativas que tienden a la consecución, mantenimiento y renovación de un **consenso que descansa sobre el reconocimiento intersubjetivo de razones** con pretensiones de validez susceptibles de crítica.

la *solvencia* de los argumentos presentados, muchos de ellos circulares o autorreferenciales, podrían derivar en la *imprevisibilidad* del reparto. Por un lado, las reglas transnacionales provocan necesariamente la búsqueda de fundamentos en las decisiones de los repartidores para-autónomos, quienes recurren a elementos supra e infra-positivos, con el traslado consecuente de su argumentación al orden de los “principios generales”<sup>37</sup>. Por otro lado, el recurso a estos primeros principios puede encontrarse **aún ante barreras culturales** elementales -en las construcciones lingüísticas- y macro culturales- en las tradiciones jurídicas-, que atenten contra su *previsibilidad*. La falta de criterios mínimos lleva a que la jurisprudencia arbitral no se comporte con una fuerza normativa que le permita actuar como parámetro claro y *previsible* para las soluciones extrajudiciales.

Como observamos desde su **función positiva**, la valoración de los distintos elementos del reparto -repartidores, objeto, forma y razones alegadas- encuentra aún en los distintos órdenes marcados **obstáculos para la realización vertical del valor *previsibilidad***.

Por su parte, la *solidaridad* como valor se relaciona con la *ejemplaridad* de los **repartos autónomos, horizontales y espontáneos**, fundados en la *cooperación*. En este marco, el **repartidor autónomo se legitima por el interés** inmediato que tiene en el mismo reparto que efectúa, sin otras consideraciones que lo excedan. Cuando no se presenta un repartidor externo con superioridad “moral”, “técnica” o “científica” sobre los beneficiarios, aquél se encuentra en condiciones de realizar un reparto autónomo. Su legitimación se basa en el *acuerdo* y en su participación en la misma decisión repartidora, prescindiendo de todo tipo de coacción -dada la coincidencia de ambos roles en la misma persona-, por lo que la **esfera de libertad en este tipo de repartos es en principio total**. Sin embargo, para el **modelo teórico estatocéntrico**, la vida del reparto autónomo no siempre encuentra a ambos repartidores en *igualdad*

---

<sup>37</sup> Emmanuel GAILLARD, op. Cit. pg. 66. Para el autor, la expresión “principio general” tiene dos significados distintos. Por un lado “puede ser usada para denotar una regla general por naturaleza (...) o para referirse a una regla fundada generalmente en varios distintos sistemas legales alrededor del mundo. Luego propone el término “transnational rules”, que cuenta con la ventaja de evitar estas ambigüedades, pero sin abolir el término “general principle” para referirse a la fuente transnacional de estas reglas.

de condiciones. Del mismo modo, dentro del **paradigma transnacionalista**, la *verticalidad* de contenido observada puede transformar la *solidaridad* original del reparto autónomo en **anti-autónomo**. En caso que alguno de ellos termine actuando como repartidor *de facto*, por encima de la “voluntad” acordada.

La valoración positiva de la *solidaridad* también puede realizarse con respecto al *objeto, forma y razones expuestas* de los repartos autónomos; dentro de los distintos órdenes. Con respecto al **objeto**, la legitimación que se haya hecho de los repartidores y de sus criterios de reparto no lo justifica *per se*, dado que el *acuerdo* puede no ser valioso en sí mismo. Los repartidores autónomos deciden en función de valores *relativos*, sin considerar la situación de todos los beneficiarios, o de parte de ellos o de la mayoría. En el “caso argentino”, un *acuerdo* conforme las reglas transnacionales, con espacio sólo para las consideraciones comerciales particulares y sin ampliar sus horizontes al conjunto de los miembros de una “comunidad”, podría derivar en la prioridad de un *subvalor* relativo por sobre otro absoluto. Si consideramos el valor del acuerdo sólo en función de los intereses privados de las partes, sacrificando el beneficio de aquellos que no ingresaron como beneficiarios del reparto, se podría caer en un modelo ético *consecuencialista*.

Por otro lado, y en relación a su aspecto formal, el reparto autónomo se presenta en la mayor parte de los casos como *negociación*, tendiente a lograr un *acuerdo* perdurable durante todo el período que se extienda el reparto. Pero si bien la negociación como forma es en sí valiosa y preferida a la *coacción*, su **forma negocial puede ocultar en algunos casos una realidad impuesta por el subvalor poder**. Así se observa en el proceso renegociador de los contratos públicos -principalmente referidos a servicios esenciales para la “comunidad”, y en otras relaciones entre inversores y pequeños Estados en desarrollo. Del mismo modo, la **forma complementaria del arbitraje**, se presenta como producto del debate entre las partes y el decisor. En términos *institucionales*, el proceso arbitral alcanza su máxima expresión en el macro-orden internacional, donde actúa en base a un número reducido de antecedentes significativos y unos pocos principios jurídicos. Por lo tanto, el reparto para-autónomo arbitral como proceso *horizontal* -al surgir desde las bases, desde la “práctica” misma

de sus actores- permitiría arribar a un reparto valioso, siempre y cuando el debate transcurra por un proceso *imparcial* o neutro.

Las **razones alegadas** para legitimar a los repartos autónomos dentro del modelo transnacionalista exceden en muchos casos a la *solidaridad* producto de la negociación libre entre las partes. En primer lugar, se alega que los repartos estatales aumentan los disvalores *incertidumbre, incumplimiento y litigiosidad*, dado que la *previsibilidad* apuntada sólo refleja parte de la generalidad de los acuerdos libres previos, excluyendo todos aquellos extra-comerciales. Así, se revitaliza discursivamente la preferencia por la *horizontalidad* de los repartos autónomos, en tanto permite una “situación mejor” para las partes que negocian; aunque excluyendo del diálogo a quienes no pueden acceder a él. En segundo lugar, el nuevo lenguaje sostiene que tanto los repartidores autónomos como los para-autónomos no podrían actuar sin la **guía de las reglas transnacionales**, por los que se termina acercando lentamente, tal como expresamos, a un régimen *vertical*, impuesto en este caso por el *poder* económico. En él, tanto los repartidores autónomos como los autoritarios nacionales y los para-autónomos internacionales ceden terreno ante los nuevos criterios de reparto, que actúan en forma *vertical* sobre las controversias en materia de inversiones. Finalmente, se alegan otros valores relativos, que lo alejan de la *solidaridad* para acercarlo más a otros propios de las transacciones comerciales, como “orden” o “seguridad jurídica” Los repartidores para-autónomos recurren a estos valores y a categorías valorativas individuales -acuñando conceptos atractivos como “preferencias”, “cooperación”, “incentivos”, “independencia”, “autonomía”- pero dejando de lado o dando por supuesto otros valores, sobre todo en sectores sensibles dentro de los órdenes nacionales<sup>38</sup>.

Así como las razones alegadas en torno al macro-orden transnacional recurre a estos valores *relativos* y a categorías valorativas individuales, el **meta discurso construido recurre a valores absolutos -eficiencia, utilidad-**, con

---

<sup>38</sup> Alberto DALLA VÍA, *El nuevo Estado en el nuevo milenio*, en *Estudios de teoría del Estado y Derecho Constitucional*, 245 (Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM y Universidad Complutense de Madrid, 2000). El autor expresa que el “endiosamiento de la **eficiencia como valor supremo** nos colocan ante el abismo insondable de la desigualdad, pocas veces vista y tan injusta como en nuestros tiempos”.

un uso normativo *fuerte*<sup>39</sup>. En este razonamiento, si el reparto no conduce a una decisión *eficiente o útil*, las partes negociarán para alcanzarlo al margen del orden establecido. La construcción de una “situación óptima” no se produciría desde un reparto autoritario, sino desde el autónomo, donde los acordantes “mejoran su situación” en forma consensuada y negociada por ellas mismas<sup>40</sup>. En términos sectoriales, el meta discurso considera al orden *vertical*, autoritario y planificado, como *imprevisible* -como disvalor relativo- e *ineficiente* -como disvalor absoluto-, por la oposición que produce contra los repartos autónomos individuales, considerados valiosos en ambos términos. Como resultado, **apoya el desplazamiento hacia la horizontalidad de los órdenes de reparto**, tanto en sus relaciones intra como inter-ordinales. Sin embargo, al igual que en la *verticalidad*, el metalenguaje se encuentra aún ante **barreras culturales lingüísticas o tradicionales**, que atenten contra su realización. Entre ellos, la idea del proceso público como el más *valioso*, originado en la autoridad infra-autónoma.

Como observamos desde su **función positiva**, la valoración de los distintos elementos del reparto encuentra aún marcados **obstáculos para la realización horizontal del valor solidaridad**.

#### 4. REFLEXIONES FINALES

El nuevo macro-orden transnacional de repartos representado en las reglas del nuevo Derecho Internacional económico constituye la afirmación de un nuevo orden jurídico a escala mundial, desestatizado, de origen consuetudinario o convencional y defendido en base a fortalezas discursivas y pragmáticas. La consolidación del nuevo macro-orden instaaura nuevas relaciones intra e inter-ordinales con respecto a los órdenes nacionales, y de ellos con distintos actores internacionales. Dentro de esas relaciones, no puede negarse que la *lex*

---

<sup>39</sup> Ronald DWORKIN, *RAWLS...*, 1393. El autor habla del valor *eficiencia* como “un concepto adecuado de justicia que los jueces plausiblemente deben observar”, citando las concepciones *utilitaristas* del derecho, de inspiración *benthaniana*, en Austin y Holmes, entre otros.

<sup>40</sup> Richard POSNER, op. cit., 4, 9-10. Para el autor, esta idea parte del concepto de hombre como *maximizador racional de sus preferencias*, quien tenderá a ordenar medios a sus fines conforme sus intereses. Como vemos, el criterio de eficiencia es *individual o sectorial*, donde su sentido normativo *fuerte* es construido en base a un individualismo metodológico.

mercatoria es actualmente reconocida como una de las “reglas del juego” en el mundo económico contemporáneo, cuya violación o apartamiento incide en el complejo de todo macro-orden. El nuevo macro-orden se presenta en principio *horizontalmente*, basado en reglas y principios razonables y por ello ejemplares, y que a su vez busca independizarse de la planificación *vertical* de los órdenes estatales. Sin embargo, como en todo orden de repartos, en él encontramos grados de planificación y de espontaneidad, y en ciertos casos, cierta normatividad horizontal que esconde repartos *verticales*.

Desde los elementos axiológicos apuntados, es decir, los valores relativos involucrados en los procesos arbitrales contra Estados periféricos, y más precisamente contra el argentino, podemos apuntar una serie de reflexiones. En primer lugar, entendemos que ninguna teoría ética moderna niega la *historicidad* de su incorporación, mucho menos ante el fenómeno jurídico actual de “transnacionalización” económica. Luego, que la búsqueda de criterios universales nos inclina por soluciones procedimentalistas, aunque indagando en algunos acercamientos sustancialistas con respecto a ciertos valores absolutos en su uso normativo fuerte. Esto sin descartar al construccionismo ético epistemológico como decisión metodológica, con límites y restricciones necesarias. En todos los casos, la valoración de los repartos arbitrales, debe atender axiológicamente a la realización de estos valores en el mundo *del ser*, en los hechos, en la realidad, más allá de su exigencia *ideal*. Ello es así porque tanto los órdenes nacionales como el internacional y transnacional operan a la par de la realidad económica, introduciendo incentivos y recibiendo señales de los resultados. Cualquiera sea el escenario dispuesto como resultado de estas decisiones, las fuerzas de la realidad económica limitarán los alcances previstos por los paneles arbitrales.

Los **valores *previsibilidad y solidaridad*** se relacionan, en sentido positivo y normativo, de distintas formas dentro del complejo axiológico. Ya sea en forma de **coadyuvancia** -*verticalmente* como contribución entre ellos, u *horizontalmente* como integración- o de **oposición** -en forma *legítima* por sustitución de un valor por otro, o de manera *ilegítima* por secuestro, ya sea subversión, inversión o arrogación<sup>41</sup>-. Para nuestro análisis, partimos admitiendo la

---

<sup>41</sup> Miguel Ángel CIURO CALDANI, *op. Cit.* pg. 84. Para el autor “el desenvolvimiento

**igualdad jerárquica de los valores relativos**, para evitar posturas extremas que planteen la *arrogación* del material de uno por el otro. Si a ello sumamos la característica **pantónoma del valor absoluto justicia**; para identificar las relaciones de *contribución* o *integración* entre los valores involucrados debemos **introducir una noción axiológica que nos permita fraccionar** la extensión del último, **o ampliar** la de los primeros<sup>42</sup>. Esta tarea se presenta en principio difícil en la *horizontalidad*; y **más accesible en la verticalidad** de los repartos autoritarios o para-autónomos; dado que ellos actúan como vías óptimas para alcanzar una situación beneficiosa tanto para repartidores acordes -Estados, inversores-, como para aquellos que no participan directamente en los procesos negociadores -usuarios de servicios-.

Sin embargo, este razonamiento no debe ser llevado al extremo. El “caso argentino” nos ha demostrado que los repartos autoritarios han oscilado históricamente entre la *externalización negativa* para los excluidos del proceso negociador y la *internalización en detrimento* de los inversores -lo que ha traído como consecuencia la realización del disvalor *imprevisibilidad*-. En tanto los repartidores para-autónomos se han consolidado como realizadores de valores sectoriales o individuales -con la correspondiente falta de *solidaridad*-.

La **contribución e integración entre previsibilidad y solidaridad** nos permitiría arribar a una representación **normativamente valiosa, y positivamente realizable**. En términos normativos, la *verticalidad* de los **órdenes estatales ha pretendido realizar el valor previsibilidad** propio de los repartos auto-

---

del trialismo permitió incorporar el estudio de las relaciones entre valores. Cuando estas son consideradas legítimas, los valores coadyuvan entre sí en sentido vertical de contribución u horizontal de integración o se oponen en términos de sustitución. Cuando las relaciones entre valores son consideradas ilegítimas, son de secuestro: ascendente subversivo, descendente de inversión y, en el mismo nivel, de arrogación”; M. Isolina DABOVE, *Conexiones entre política y Derecho. Hacia una teoría del uso de las fuentes formales en la elaboración de normas*, 67-77, en *Investigación y Docencia*, Nro. 34, 69-70 (2001). Las relaciones de *coadyuvancia* se imprimen en la conexión entre Derecho y política, dentro de las relaciones de oposición y competencia, donde “el tipo de vínculo, sus contenidos y los grados de legitimidad de los mismos serán resueltos en función del contexto cultural vigente”.

<sup>42</sup> Werner GOLDSCHMIDT, *op. Cit. pp.* 135-139. El autor concibe las categorías monónomas o pantónomas para objetos relacionados, en función que supongan un solo objeto, o una infinidad o totalidad de ellos; Miguel Ángel CIURO CALDANI, *La conjetura...*, 79; *Perspectiva Trialista de la Axiología Jurídica*, 86 ED, 915-916. El autor se remite al término pantonomía: pan =todo, nomos=ley que gobierna.

ritarios, con el objeto de incentivar la inversión en sectores sensibles de la economía. En su lugar, por las características propias de las políticas públicas - acceso de grupos de presión a la toma de decisiones, oposición de intereses privados y públicos, distribución asimétrica y concentrada de beneficios- ha presentado en términos positivos una alta inestabilidad, aumentando el disvalor *imprevisibilidad*. Por su parte, el **macro-orden transnacional nace normativamente como reflejo de la *solidaridad*** de los repartos autónomos, con el objeto de incentivar la solución negociada de conflictos o en su defecto, a cargo de un tercero imparcial. Pero esta solución se ve en términos positivos obstaculizada también por sus propias características -acceso irrestricto de demandas, grandes montos reclamados, oposición diametral de intereses, dificultades en el acceso a la información y distribución asimétrica y concentrada de beneficios-. Lejos de sus objetivos originales, el macro-orden no refleja positivamente la *solidaridad* producto de la negociación libre de las partes, operando en su lugar como elemento vertical de presión y un incentivo para el disvalor *litigiosidad*.

Como vemos, la **coadyuvancia positiva de los valores relativos involucrados contradice sus aspiraciones normativas**, tanto la realización del valor *previsibilidad* en el orden vertical como de la *solidaridad* en el horizontal. Así, en el “caso argentino” ciertos repartos estatales se presentan ***imprevisibles pero solidarios***, en tanto que otros en el macro-orden son ***solidarios pero imprevisibles***. Del mismo modo podríamos decir que aquellos repartos que deriven en una ampliación de la participación en los procesos arbitrales o negociadores serían ***justificados pero ineficientes***. Finalmente, observamos que la discusión jurídica en cualquiera de estos casos concluye en un debate que implica la ponderación de valores y principios generales. Esta ponderación, entendemos, en ningún caso debe tomar a los valores involucrados con criterios rígidos y estáticos<sup>43</sup>. En su lugar, debe apoyarse en las distintas construcciones valorativas el debate en términos *estratégicos*, limitando y extendiendo cada uno de ellos en la medida de arribar a un **reparto exitoso, esto es, positivamente rea-**

---

<sup>43</sup> Miguel Ángel CIURO CALDANI, *op. cit.* pg. 36. El autor expresa: “cada estrategia se apoya en ciertas construcciones valorativas; una estrategia es siempre el resultado de un complejo axiológico que su autor ha de edificar (...) atendiendo a valores presentados por los autores de las normas, las partes y por el resto de la sociedad”.

**lizable.**

**BIBLIOGRAFÍA**

ACUÑA EVANS, J., *Del Derecho Internacional Público a un Derecho Transnacional: una aproximación histórica*, I *Rev. Centro de Investigaciones*, Maturín, Nro. 1, 105-133 (2005).

BERGER, Klaus, *The Creeping Codification of Lex Mercatoria* (Dordrecht: Kluwer Law International, 1998).

BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional y Derecho de las Relaciones entre los Ordenamientos Jurídicos. Ius inter Iura* (1 ed. La Ley, Buenos Aires, 1997)

BUCHANAN, J., TULLOK, G., *El cálculo del consentimiento* (1 ed., Planeta Agostini, Buenos Aires, 1994).

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica* (1 ed., Fundación para las investigaciones jurídicas, Rosario, 2000).

DABOVE, M. Isolina, *Conexiones entre política y Derecho. Hacia una teoría del uso de las fuentes formales en la elaboración de normas*, 67-77, en *Investigación y Docencia*, Nro. 34 (2001).

DALLA VÍA, Alberto, *El nuevo Estado en el nuevo milenio*, en *Estudios de teoría del Estado y Derecho Constitucional* (Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM y Universidad Complutense de Madrid, 2000).

DE JESÚS, Alfredo, *La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina*, en *Estudios de Derecho Privado*, 1-36, (Fabricio Mantilla Espinosa, Carlos Pizarro, Coord., Universidad del Rosario, Bogotá, 2008).

DWORKIN, Ronald, *Rawls and the Law*, 72 *Fordham L. Rev.*, 1387-1405 (2003-2004).

GAILLARD, Emmanuel, *Thirty Years of Lex Mercatoria: Towards the Selective Application of Transnational Rules*, 10 *ICSID Review*, 208-231(1995); *La Jurisprudence du CIRDI* (1 ed., Editions A. Pedone, Paris, 2004); *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, 22 (1 ed., Académie de Droit International-ADI-Poche, Leiden-Boston, 2008)

GOLDMAN, Berthold, *Frontières du droit et lex mercatoria*, IX *Archives*

*de philosophie du droit*, 177-192, (1964); *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives*', 106 *Journal Droit International* (1979)

GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al derecho* (6 ed., De Palma, Buenos Aires, 1996)

GRUN, Ernesto, *Los nuevos sistemas jurídicos del mundo globalizado*, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, Nro. 4, 1-13 (2000/2001).

HABERMAS, Jurgen, *Teoría de la Acción Comunicativa* (1 ed., Ed. Taurus, Madrid, 1998).

KELSEN, H., *¿Qué es la justicia?* (Ed. Martins Fontes, San Pablo, 1977).

LASKY, Harold, *El Estado Moderno* (1 ed., Bosch, Barcelona, 1982)

LEBEN, Charles, *L'évolution du droit international des investissements: un rapide survol*, 9-21, en *Les contentieux arbitral transnational relatif a l'investissement* (Charles Leben, Dir., Bibliothèque de l'Institut des Hautes Études Internationales de Paris, Anthemis, 2006).

LEW, Julian, *Achieving the dream: autonomous arbitration*, 22 *Arbitration International, Journal of The London Court of International Arbitration*, Nro. 2, 177-204 (2006).

LÓPEZ RUIZ, Francisco, *Notas sobre la nueva lex mercatoria*, en *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, Universidad de Alicante, 1-2007 (2007).

LOQUIN, Eric, *Ou est la lex mercatoria?*, en *Souveraineté Étatique et Marches Internationaux* (Libraires Techniques, Paris, 1998).

MAC RAE, Donald, *The Contribution of International Trade Law to the Development of International Law*, *Canadian Council of International Law*, 109-237, 216 (1997).

MUSTILL, M., *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years*, 4 *Arbitration International* (1988)

RAWLS, John, *A Theory of Justice* (1 ed., Cambridge University Press, Cambridge, 1996)

REICH, Harold, *Mercado y Derecho* (1 ed., Ariel Derecho, Barcelona, 1985).

---

SCHMITTHOFF, Clive M., *Select Essays on International Trade Law* (M. Nijhoff, Graham & Trotman, Boston, 1988)